Deutscher Bundestag **Drucksache 17/8541**
17. Wahlperiode 01. 02. 2012

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Absatz 1 Satz 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht

Inhaltsverzeichnis

Zugeleitet mit Schreiben der Monopolkommission vom Februar 2012 gemäß § 44 Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Vorwort

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) hat im November 2011 einen Referentenentwurf für die 8. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vorgelegt, dem im August 2011 Eckpunkte vorausgegangen waren. Eine Reihe von Forderungen für eine Reform des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen war bereits im Koalitionsvertrag vom Oktober 2009 sowie im Jahreswirtschaftsbericht vom Januar 2011 enthalten.

Im Januar 2010 wurde außerdem ein Entwurf des BMWi zur Änderung des GWB bekannt, dessen Kernanliegen in der Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungsbefugnis des Bundeskartellamtes bestand. Zu diesen Vorschlägen hat sich die Monopolkommission bereits in ihrem Sondergutachten 58 mit dem Titel „Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung" geäußert.

Nachdem die 7. GWB-Novelle hauptsächlich die Anpassung des deutschen Rechts an das europäische Kartellverbot und die VO 1/2003 zum Ziel hatte, betreffen zentrale Anliegen des aktuellen Referentenentwurfs die nationalen Fusionskontrollvorschriften, die allgemeine Missbrauchsaufsicht sowie das kartellrechtliche Verfahrens- und Ordnungswidrigkeitenrecht. Daneben stehen gewisse Änderungen der Pressefusionskontrolle und der besonderen Missbrauchsaufsicht in der Wasserwirtschaft zur Diskussion.

Mit dem vorliegenden Sondergutachten nimmt die Monopolkommission zu einer Reihe von wichtigen Vorschlägen des Referentenentwurfs Stellung und konstatiert darüber hinausgehenden Reformbedarf. Sie dankt ihrer wissenschaftlichen Mitarbeiterin Frau Dr. Juliane Scholl, die das Sondergutachten federführend betreut hat, sowie den wissenschaftlichen Mitarbeitern Herrn Marc Bataille und Frau Dr. Ulrike Hösel für ihre Unterstützung.

1 Anlass und Ziele der 8. GWB-Novelle

1. Anlass für die geplante Gesetzesreform sind laut Referentenentwurf die Vorgaben des Koalitionsvertrags vom 26. Oktober 2009[1], das Auslaufen befristeter Vorschriften im GWB sowie ein Regelungsbedarf, der sich aus der behördlichen Praxis ergibt. Als Ziele führt der Referentenentwurf die Modernisierung und weitere Optimierung des GWB an. Die wettbewerblichen Rahmenbedingungen sollen insbesondere im Bereich der Fusionskontrolle, der Missbrauchsaufsicht, des Kartellverfahrens- und Kartellordnungswidrigkeitenrechts sowie des Pressekartellrechts weiter verbessert werden.

2. Bereits der Koalitionsvertrag vom 26. Oktober 2009 weist eine Reihe von Vorgaben für eine GWB-Novelle auf. In erster Linie sollten weitere Elemente der europäischen Fusionskontrolle in das GWB übernommen werden. Außerdem wurde ein missbrauchsunabhängiges Entflechtungsinstrument als Ultima Ratio gefordert. Schließlich sollte das Bundeskartellamt bei der wettbewerblichen Folgenabschätzung am Gesetzgebungsverfahren beteiligt werden. Der Koalitionsvertrag enthält zudem den Auftrag, das Medienkonzentrations- und das Pressekartellrecht im Interesse der Erhaltung der Meinungs- und Pressevielfalt zu überprüfen. Das Presse-Grosso wird als unverzichtbarer Teil der Medienordnung bewertet. Weitere wettbewerbspolitische Anliegen sind die Anwendung des Wettbewerbsrechts auch im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung und die Einrichtung einer Markttransparenzstelle für den Energiebereich.

3. Im Januar 2010 wurde ein Entwurf zur Änderung des GWB bekannt, der im BMWi erarbeitet worden war und im Wesentlichen die Einführung von Entflechtungsbefugnissen der Wettbewerbsbehörden sowie die Implementierung eines Stellungnahmerechts des Bundeskartellamtes in Gesetzgebungsverfahren vorsah. Neben einer missbrauchsabhängigen Entflechtungsbefugnis sollte das Bundeskartellamt unter bestimmten Voraussetzungen Entflechtungsanordnungen auch ohne den Nachweis eines vorangegangenen Kartellrechtsverstoßes anordnen dürfen. Die Monopolkommission hat zu diesen Vorschlägen ein Sondergutachten erstellt.[2]

4. Im Jahreswirtschaftsbericht 2011 wurde die Novellierung des GWB erneut aufgegriffen.[3] Zur Stärkung des Wettbewerbs in allen Bereichen strebt die Bundesregierung die Verbesserung der wettbewerblichen Rahmenbedingungen, insbesondere im Bereich der Fusionskontrolle, der Missbrauchsaufsicht, der Bußgeldvorschriften und des Verfahrens bei Kartellverstößen, an. Die trotz grundsätzlich übereinstimmender Ansätze noch bestehenden Unterschiede des deutschen und europäischen Fusionskontrollrechts sollen verringert und damit für die Unternehmen gleiche Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden. Bei der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen wurde die Möglichkeit einer Ergänzung des Untersagungskriteriums der Marktbeherrschung durch das Merkmal der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ erwogen. Auf diesem Weg könnten das nationale an das europäische Recht angeglichen und die ökonomischen Auswirkungen eines Zusammenschlusses noch besser berücksichtigt werden. Die im Verhältnis zum europäischen Recht strengeren Missbrauchsvorschriften sollten beibehalten, aber einfacher, verständlicher und damit anwenderfreundlicher gestaltet werden, um kleine und mittlere Unternehmen weiter effektiv vor missbräuchlichem Verhalten schützen zu können. Zudem sollten die bestehenden Bußgeld- und Verfahrensvorschriften überarbeitet werden, um Regelungsdefizite abzubauen und das kartell(ordnungswidrigkeiten)rechtliche Verfahren schneller und effizienter zu machen. Der Jahreswirtschaftsbericht verfolgt schließlich weiterhin die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtungsbefugnis als Ultima Ratio sowie die Beteiligung des Bundeskartellamtes bei der wettbewerblichen Folgenabschätzung an Gesetzgebungsvorhaben.

5. Am 2. August 2011 veröffentlichte das BMWi Eckpunkte für die 8. GWB-Novelle, die im Wesentlichen auf eine Umsetzung der Vorgaben von Koalitionsvertrag und Jahreswirtschaftsbericht abzielen.[4] Im November 2011 folgte der Referentenentwurf, der inhaltlich weitgehend mit den Ankündigungen in den Eckpunkten übereinstimmt.[5] Geplante Änderungen des GWB betreffen vor allem die Fusionskontrolle und die Missbrauchsaufsicht sowie das kartellrechtliche Verfahrens- und Ordnungswidrigkeitenrecht. Daneben sollen das Pressefusionskontrollrecht und die Missbrauchsaufsicht in der Wasserwirtschaft modifiziert werden. Eine Reihe redaktioneller Änderungen resultiert aus dem Inkrafttreten des AEUV. Der Plan, ein objektives Entflechtungsinstrument in das GWB einzuführen, wurde ebenso wie das angekündigte Stellungnahmerecht des Bundeskartellamtes in Gesetzgebungsverfahren aufgegeben.

2 Der Referentenentwurf

2.1 Kernanliegen der Reform

2.1.1 Fusionskontrolle

6. Ein wesentliches Anliegen der Novelle ist die Anpassung der nationalen Zusammenschlusskontrolle an europäische Vorschriften:

– Kernpunkt der fusionskontrollrechtlichen Reformbestrebungen ist die Angleichung an das europäische Untersagungskriterium, den SIEC-Test (significant impediment to effective competition). Hiernach ist maßgeblich, ob ein Zusammenschluss eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs hervorruft. Das

[1] Vgl. Wachstum. Bildung. Zusammenhalt – Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP, Berlin, 26. Oktober 2009, S. 18.

[2] Monopolkommission, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, Sondergutachten 58, Baden-Baden 2010.

[3] Vgl. BMWi, Jahreswirtschaftsbericht, Deutschland im Aufschwung – den Wohlstand von morgen sichern, Januar 2011, Tz. 16, 80 ff.

[4] BMWi, Eckpunkte einer 8. GWB-Novelle, 1. August 2011.

[5] http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/gwb-8-aenderung-referententwurf,property=pdf,bereich=bmwi, sprache=de, rwb=true.pdf

Kriterium der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bleibt als Regelbeispiel für eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung bestehen, § 36 Absatz 1 RefE.

– Gemäß § 40 Absatz 3 Satz 2 GWB kann eine Freigabeverfügung mit Bedingungen und Auflagen verknüpft werden. Diese dürfen sich jedoch nicht darauf richten, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen. Der Wortlaut der Vorschrift wird an Artikel 8 Absatz 2 Unterabsatz 2 FKVO angepasst, allerdings bleibt eine laufende Verhaltenskontrolle – in Abweichung von der europäischen Rechtslage – weiterhin ausdrücklich verboten.

– In Angleichung an Artikel 10 Absatz 4 FKVO regelt § 40 Absatz 2 Sätze 5 und 6 RefE den Fall, dass ein anmeldendes Unternehmen aus von ihm zu vertretenen Gründen angeforderte Auskünfte nicht in der gesetzten Frist oder so korrekt beantwortet, dass das Bundeskartellamt innerhalb der Prüffrist von vier Monaten eine fundierte Entscheidung treffen kann.

– Geplant ist ferner eine Fristverlängerung in Anlehnung an Artikel 10 Absatz 1 und 3 FKVO um einen Monat, wenn die Unternehmen im Hauptprüfverfahren erstmalig Zusagenangebote vorlegen, § 40 Absatz 2 Satz 7 RefE.

– Zur Vermeidung von Umgehungsstrategien soll entsprechend der Regelung in Artikel 5 Absatz 2 Satz 2 FKVO eine Zusammenrechnungsklausel bei mehreren zeitlich zusammenhängenden Erwerbsvorgängen eingeführt werden, § 38 Absatz 5 Satz 3 RefE.

– Nach europäischem Recht ist bei öffentlichen Übernahmen der Vollzug von Zusammenschlüssen schon vor der Freigabe möglich, Artikel 7 Absatz 2 FKVO. Eine entsprechende Ausnahme vom Vollzugsverbot wird gemäß § 41 Absatz 1a RefE in das GWB aufgenommen.

7. Bewährte Elemente der deutschen Fusionskontrolle sollen trotz Abweichung vom europäischen Recht beibehalten werden:

– Die Marktbeherrschungsvermutungen für die Einzel- und die kollektive Marktbeherrschung bleiben bestehen. Allerdings ist geplant, die Einzelmarktbeherrschungsschwelle auf 40 Prozent zu erhöhen, da die bisherige Marktanteilshöhe von einem Drittel nicht mehr die wirtschaftliche Realität abbilde.

– Der Referentenentwurf hält außerdem an der Abwägungsklausel fest, § 36 Absatz 1 2. Halbsatz GWB.

– Erhalten bleibt auch das Instrument der Ministererlaubnis, § 42 GWB.

– Der Zusammenschlusstatbestand des § 37 GWB, insbesondere die Regelungen zur Minderheitsbeteiligung nach § 37 Absatz 1 Nummer 3 lit. b und zum wettbewerblich erheblichen Einfluss gemäß § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB, soll ebenfalls Bestand haben.

8. Weitere Änderungen betreffen die Bagatellmarktklausel und die Situation bei der Einstellung eines Entflechtungsverfahrens:

– Die Bagatellmarktklausel in § 35 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB soll – wie vor der 6. GWB-Novelle – der materiellen Fusionskontrolle zugeordnet werden, § 36 Absatz 1 Satz 2 RefE.

– Die Rechtsunsicherheit bei der Heilung der Unwirksamkeit von Zusammenschlüssen, die nicht die Untersagungsvoraussetzungen erfüllen, aber gegen das Vollzugsverbot verstoßen, soll beseitigt werden, § 41 Absatz 1 Satz 3 Nummer 3 RefE.

9. Neben diesen Vorschlägen, die sich auf die allgemeine Fusionskontrolle beziehen, ist eine sektorspezifische Änderung geplant:

– Der Referentenentwurf enthält eine Erhöhung der pressespezifischen Aufgreifschwelle für Fusionen. Die Presserechenklausel in § 38 Absatz 3 GWB soll von 20 auf 8 abgesenkt werden mit der Folge, dass weniger Zusammenschlüsse zwischen Presseverlagen der Fusionskontrolle unterliegen.

– Die Übernahme kleiner Verlage durch Großverlage und Zusammenschlüsse auf lokalen Märkten bleibt hingegen grundsätzlich kontrollpflichtig, da die höhere Aufgreifschwelle nicht für die Bagatellmarktklausel gilt, § 38 Absatz 3 Satz 2 RefE.. Außerdem findet die Anschlussklausel des § 35 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 GWB nach Satz 2 der Vorschrift weiterhin keine Anwendung auf Zusammenschlüsse im Pressebereich.

2.1.2 Missbrauchsaufsicht

10. Ein Motiv für den vorliegenden Referentenentwurf ist unter anderem das Auslaufen von befristeten Regelungen, die mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels[6] aus dem Jahr 2007 in das GWB aufgenommen wurden. Das BMWi nimmt die geplante Novelle außerdem zum Anlass, eine systematische Neuordnung der Vorschriften zur Missbrauchsaufsicht vorzuschlagen.

– Im Unterschied zum europäischen Recht soll die deutsche Missbrauchsaufsicht weiterhin nicht nur marktbeherrschende, sondern auch marktstarke Unternehmen adressieren. Geplant ist eine Neuordnung und Vereinfachung der Systematik der §§ 19, 20 GWB. § 19 RefE umfasst nur noch die klassischen Marktbeherrschungstatbestände, § 20 RefE regelt den Missbrauch relativer oder überlegener Marktmacht. Vorangestellt wird § 18 RefE, der die bislang in § 19 Absatz 2 GWB festgelegte Definition, unter welchen Bedingungen ein oder mehrere Unternehmen marktbeherrschend sind, und die in § 19 Absatz 3 GWB ent-

[6] Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007, BGBl. I S. 2 966.

haltenen gesetzlichen Vermutungstatbestände in eine eigenständige Vorschrift überführt.

– Mit dem oben genannten Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch wurden die Regelung zum Untereinstandspreisverkauf mittels § 20 Absatz 4 Nummer 1 GWB und das Verbot der Vorteilsgewährung in § 20 Absatz 3 GWB – befristet bis zum 31. Dezember 2012 – verschärft. Beide Verschärfungen sollen auslaufen.

– Mit demselben Gesetz wurde ein befristetes Verbot von Preis-Kosten-Scheren für alle Waren oder gewerblichen Leistungen normiert (§ 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3 GWB). Die Geltung des Verbots von Preis-Kosten-Scheren soll unbefristet verlängert werden.

– Ebenfalls mit der Preismissbrauchsnovelle von 2007 wurde eine verschärfte Preismissbrauchsaufsicht für den Energiebereich geschaffen (§ 29 GWB). Die Geltung der Vorschrift ist bis zum 31. Dezember 2012 befristet und soll für fünf Jahre verländert werden.

– Die Vorschriften zur Freistellung der Wasserwirtschaft von der Geltung des allgemeinen Kartellrechts (§ 103 GWB 1990) sind seit der 6. GWB-Novelle in einer Übergangsvorschrift verankert. Laut Referentenentwurf bleibt die Wasserversorgung als Ausnahmebereich teilweise von der Geltung des allgemeinen Kartellrechts ausgenommen und soll weiterhin der verschärften kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht unterliegen. Die entsprechende Regelung soll nach § 31 RefE – ohne materielle Änderungen – wieder in das GWB aufgenommenwerden.

2.1.3 Befugnisse und Verfahrensfragen

11. Der Referentenentwurf erweitert Befugnisse der Wettbewerbsbehörden und Dritter und greift eine Reihe von verfahrensrechtlichen Aspekten auf:

– Im GWB fehlt – anders als im europäischen Wettbewerbsrecht – bislang eine ausdrückliche Befugnis der Kartellbehörden, bei nachgewiesenem kartellrechtswidrigem Verhalten strukturelle Maßnahmen anzuordnen. Die allgemeinen Befugnisse der Kartellbehörden zur Beendigung von Kartellverstößen in § 32 Absatz 2 GWB sollen daher in Anlehnung an Artikel 7 Absatz 1 VO 1/2003 um die explizite Möglichkeit zur Entflechtung ergänzt werden.

– Daneben sollen die Kartellbehörden die ausdrückliche Befugnis erhalten, im Rahmen einer Abstellungsverfügung auch die Rückerstattung erwirtschafteter Vorteile infolge kartellrechtswidrigen Verhaltens anzuordnen, § 32 Absatz 2 Satz 3 RefE.

– Verbänden der Marktgegenseite sowie qualifizierten Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagegesetzes (Verbraucherverbänden) soll eine Klagebefugnis für Unterlassungs- und Beseitigungsklagen eingeräumt werden, § 33 Absatz 2 Nummer 2 RefE.

– Im Hinblick auf richterliche Bestätigungen bei Beschlagnahmen und Durchsuchungen wird eine Zuständigkeitskonzentration beim Amtsgericht Bonn angestrebt, §§ 58 Absatz 2, 59 Absatz 4 RefE.

– Die Zuständigkeit für kartellrechtliche Schadensersatzansprüche nach § 33 Absatz 3 GWB soll von den Kammern für Handelssachen auf die Zivilkammern übertragen werden, Artikel 2 (7) RefE i.V.m. § 95 Absatz 2 Nummer 1 GVG.

2.1.4 Ordnungswidrigkeitenrecht

12. Angestrebt wird eine Beschleunigung und effektivere Gestaltung des Verfahrens im Kartellordnungswidrigkeiten- und Bußgeldrecht durch folgende Maßnahmen:

– Die einfachgesetzlichen Aussageverweigerungsrechte betroffener juristischer Personen und Personenvereinigungen hinsichtlich bestimmter unternehmens- und marktbezogener Tatsachen, die für die Bestimmung der Geldbuße relevant sind, sollen eingeschränkt werden, § 81a RefE.

– § 81b RefE begrenzt das Recht auf Akteneinsicht in Bonusanträge.

– Die Kartellbehörden sollen im gerichtlichen Beschwerdeverfahren ein eigenes Fragerecht erhalten, § 82a Absatz 1 RefE.

– Der Referentenentwurf enthält bislang noch keine Regelung zur Rechtsnachfolge bei der Bußgeldhaftung, mit der bestehende Lücken geschlossen werden sollen. BMWi und BMJ wollen zu diesem Regelungskomplex kurzfristig einen Vorschlag vorlegen.

2.2 Weitergehender Regelungsbedarf

13. Zu einer Reihe wichtiger und aktueller Aspekte enthält der Referentenentwurf keine Vorschläge. Hierzu gehört vornehmlich die Frage der Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts auf die gesetzlichen Krankenkassen. Ferner findet die Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas, die laut jüngsten Äußerungen der Bundesregierung beim Bundeskartellamt angesiedelt werden soll, keine Erwähnung im Referentenentwurf. Das Eckpunktepapier zur 8. GWB-Novelle verweist insofern auf die Vorlage eines gesonderten Gesetzentwurfs. Schließlich bleibt das Stellungnahmerecht des Bundeskartellamtes im Gesetzgebungsverfahren unerwähnt, das noch in dem Entwurf zur Änderung des GWB vom Januar 2010 enthalten war.

3 Fusionskontrolle

3.1 Übernahme des SIEC-Tests

14. Eines der Kernanliegen der geplanten Novelle ist der Übergang des nationalen Untersagungskriteriums vom Marktbeherrschungs- zum SIEC-Test. Zur Begründung dieser Anpassung an das europäische Fusionskontrollregime führt der Referentenentwurf mehrere Argumente an. Die Übernahme des europäischen Untersagungstatbestands verbessere die Möglichkeit einer weitgehend gleichlaufenden Beurteilung von Fusionsvorhaben auf deutscher und europäischer Ebene, was sowohl im Inte-

resse der Unternehmen als auch eines wirksamen Wettbewerbsschutzes liege. Das neue Untersagungskriterium schaffe für alle an Zusammenschlüssen beteiligten Unternehmen unabhängig von den erwirtschafteten Umsätzen einen gleichlautenden Prüfungsmaßstab und damit ein „level playing field“. Auch in Verweisungsfällen sei eine übereinstimmende Eingriffsschwelle sinnvoll. Außerdem werden die Ergebnisse der europäischen Fusionskontrollpraxis seit der Einführung des SIEC-Tests als überzeugend eingeschätzt; daher bestehe kein Anlass, von einer Übernahme dieses Tests abzusehen.

Nach Auffassung des BMWi ermöglicht das SIEC-Kriterium ferner eine zweifelsfreie, flexible und damit optimale Erfassung aller potenziell kritischen Fälle, z. B. komplexer Oligopolsachverhalte oder nicht koordinierter Effekte. Insbesondere erlaube die Einführung des europäischen Eingriffskriteriums auch die Untersagung in den wenigen wettbewerblich schädlichen Konstellationen, in denen die Voraussetzungen der Einzelmarktbeherrschung nicht erfüllt sind. Daneben erleichtere der SIEC-Test die Beurteilung von vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen. Insgesamt sei der Test offener für eine Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen auf der Basis einer Analyse der wettbewerblichen Auswirkungen.

Rechtsunsicherheit sei mit der Änderung des Untersagungstatbestands nicht verbunden, da das Marktbeherrschungskriterium sowie die dazu ergangene Entscheidungspraxis der Gerichte unverändert weitergelten würden. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Position stelle zudem stets eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung dar. Auch hinsichtlich des Kriteriums der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs bestünden – trotz Fehlens entsprechender Rechtsprechung auf europäischer Ebene – angesichts der gefestigten Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission keine Unklarheiten.

15. Die Monopolkommission unterstützt das Anliegen des Referentenentwurfs, eine vorsichtige Teilanpassung an das europäische Fusionskontrollrecht vorzunehmen. Bei Abwägung der Vor- und Nachteile erweist sich die Übernahme des SIEC-Tests – unter Beibehaltung bestimmter spezifisch deutscher Vorschriften – als sachgerecht. Die im Referentenentwurf angeführten Gründe für einen Wechsel der Eingriffsschwelle können indes nur teilweise überzeugen.

16. Nicht gänzlich nachvollziehbar sind die Ausführungen des Referentenentwurfs zu den Vorteilen eines level playing field durch die Übernahme des SIEC-Kriteriums. Nach Auffassung der Monopolkommission ergeben sich aus einer Übernahme des europäischen Untersagungstatbestands aufseiten der Unternehmen nur geringe Vorteile gegenüber dem jetzigen Zustand. Die Einheitlichkeit von Normen auf europäischer und nationaler Ebene könnte zwar grundsätzlich gewisse Entlastungseffekte bewirken und Transaktionskosten für die betroffenen Unternehmen verringern. In spürbarem Umfang ist dies allerdings allenfalls dann möglich, wenn die Rechtsangleichung sich auf die Gesamtheit aller Vorschriften erstreckt, sodass keinerlei Divergenzen mehr bestehen. Das BMWi strebt mit dem Referentenentwurf indes nur eine Teilharmonisierung an, sodass Unternehmen, deren Vorhaben der deutschen Fusionskontrolle unterliegen, sich weiterhin mit nationalen Sonderregeln auseinandersetzen müssen. Dies gilt z. B. im Hinblick auf den Zusammenschlusstatbestand des § 37 GWB, der – in Abweichung vom europäischen Recht – nach wie vor Minderheitsbeteiligungen und den wettbewerblich erheblichen Einfluss umfassen soll. Als spezifisch nationales Recht sollen ferner die Bagatellmarktklausel, die Ministererlaubnis und die Abwägungsklausel Bestand haben. Ein weiterer wesentlicher Unterschied der beiden Fusionskontrollregime wird – jedenfalls laut Referentenentwurf – auch künftig darin liegen, dass keine ausdrückliche Effizienzverteidigung nach dem Vorbild der FKVO in das GWB aufgenommen wird. Vor diesem Hindergrund werden sich die Voraussetzungen für ein level playing field durch die Übernahme des europäischen Untersagungskriteriums nicht wesentlich verändern. Im vorliegenden Fall ist außerdem zu bedenken, dass das Marktbeherrschungskriterium auch im europäischen Fusionskontrollrecht als Bestandteil des SIEC-Tests weiterhin eine wichtige Rolle spielt, sodass der zusätzliche Aufwand für Unternehmensjuristen und Anwaltschaft, sich mit dem nationalen Eingriffstatbestand auseinanderzusetzen, auch unter dem derzeit geltenden Rechtszustand gering sein dürfte.

Prüfkriterien und Ergebnisse der europäischen und der deutschen Fusionskontrolle weisen schon heute in großem Umfang Parallelen auf. Unterschiedliche Vorgehensweisen und daraus resultierende divergierende Entscheidungen in Einzelfällen beruhen weniger auf dem abweichenden Wortlaut der jeweiligen Untersagungstatbestände als vielmehr auf Unterschieden bei den zugrunde liegenden Wettbewerbskonzeptionen und -zielen. Das Beispiel der US-amerikanischen Fusionskontrolle zeigt besonders eindringlich, dass auf der Grundlage einund desselben Eingriffstatbestands im Lauf der Zeit ganz unterschiedliche Entscheidungsergebnisse erzielt werden können und abhängig davon die Eingriffsintensität erheblich schwanken kann.[7] Im Verhältnis von Europäischer Kommission einerseits und Bundeskartellamt andererseits kommt eine unterschiedlich groß ausgeprägte Bereitschaft hinzu, bei erheblichen Wettbewerbsbedenken auch Verbotsentscheidungen zu erlassen. So verfolgt die Europäische Kommission ersichtlich die Strategie, Zusammenschlussvorhaben möglichst nicht zu untersagen, sondern mit – teilweise sehr weitreichenden – Bedingungen und Auflagen freizugeben. Das Bundeskartellamt hingegen scheint grundsätzlich eher bereit zu sein, Untersagungen auszusprechen. Die angesprochenen Umstände tragen weit mehr zu den verbleibenden Divergenzen in der europäischen und nationalen Entscheidungspraxis bei als die genaue Formulierung der Eingriffsschwelle.

[7] Vgl. Schmidt, I., Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Aufl., Stuttgart 2005, S. 254.

17. Soweit vorgetragen wird, dass durch eine einheitliche Eingriffsschwelle die internationale Kooperation zwischen den Wettbewerbsbehörden erleichtert werden könnte, gelten die obigen Ausführungen zur Bedeutung unterschiedlicher Wettbewerbskonzeptionen, -ziele und -strategien entsprechend. Es gibt auch keinerlei Belege dafür, dass sich die Umstellung der europäischen Fusionskontrolle vom Marktbeherrschungskriterium zum SIEC-Test in irgendeiner Hinsicht nachteilig auf die Zusammenarbeit zwischen Europäischer Kommission und Bundeskartellamt ausgewirkt hätte. Dies gilt sowohl für die Behandlung von Verweisungsanträgen des Bundeskartellamtes oder zusammenschlussbeteiligter Unternehmen als auch für die sonstige Kooperation im Bereich Fusionskontrolle, insbesondere den gegenseitigen Informationsaustausch und die Mitarbeit des Bundeskartellamtes im Beratenden Ausschuss.

18. Die Monopolkommission teilt allerdings die Ansicht des BMWi, dass mit dem Übergang zum SIEC-Test die Integration neuer ökonomischer Erkenntnisse erleichtert sowie eine zweifelsfreie und flexible Erfassung aller Zusammenschlussfälle, die sich potenziell negativ auf den Wettbewerb auswirken, ermöglicht wird. Fusionskontrollrechtliche Entscheidungen würden ökonomisch besser fundiert und begründet werden. Mit der Übernahme des SIEC-Kriteriums können außerdem bestehende Schwächen des Marktbeherrschungskonzepts abgemildert werden.

19. Es besteht ein hohes Maß an Einigkeit darüber, dass die beiden infrage stehenden Untersagungskriterien in der weit überwiegenden Zahl der Fälle zu identischen Ergebnissen führen. Etwaige Divergenzen ergeben sich weniger aus dem abweichenden Wortlaut der Eingriffsschwellen, sondern eher aus unterschiedlichen Wettbewerbskonzeptionen und -zielen sowie dem jeweiligen Willen der politischen Instanzen und Wettbewerbsbehörden, die Fusionskontrollvorschriften stringent durchzusetzen. Ausgeprägte Parallelen bestehen nicht nur im Hinblick auf die Ergebnisse der fusionskontrollrechtlichen Prüfung, sondern auch bezüglich vieler Prüfkriterien und Untersuchungsmethoden. Diese Einschätzung wird z. B. durch den Umstand belegt, dass die Europäische Kommission nach wie vor in den meisten Phase-II-Fällen das Marktbeherrschungskriterium heranzieht; andererseits ist auf die jüngere Rechtsprechung des BGH zu verweisen, der die europäischen Prüfkriterien bezüglich koordinierter Effekte auf die oligopolistische Marktbeherrschung im Rahmen des GWB übertragen hat.[8] Darüber hinaus beabsichtigt das Bundeskartellamt, die Untersuchung vertikaler und konglomerater Zusammenschlüsse weitgehend an die entsprechenden Aspekte in den Leitlinien zu nichthorizontalen Zusammenschlüssen anzupassen.[9] Schließlich werden sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene in den letzten Jahren vermehrt ökonomische Gutachten und statistische Untersuchungsmethoden in das behördliche und gerichtliche Verfahren einbezogen. Die Einführung des SIEC-Tests hat deren Einbindung in die Entscheidungspraxis zweifellos erleichtert. Andererseits besteht Übereinstimmung dahingehend, dass auch bei Anwendung des Marktbeherrschungstests ein stärkerer ökonomischer Ansatz verfolgt werden kann. Ein diesbezüglicher Gleichlauf von europäischer und nationaler Praxis wird schon von der Unternehmensseite befördert, die ökonomische Expertise und ökonometrische Untersuchungsmethoden sowohl in europäische als auch nationale Verfahren einführt.

20. Was die Fehleranfälligkeit und -häufigkeit von Entscheidungen auf der Grundlage des SIEC-Tests einerseits und des Marktbeherrschungstests andererseits betrifft, so fehlt bislang eine umfassende Evaluierung der auf europäischer Ebene getroffenen Entscheidungen. Verlässliche Aussagen zu der Gesamtzahl und Schwere möglicher Fehlentscheidungen aufgrund des einen oder anderen Untersagungstatbestands können daher nicht getroffen werden. Ein wesentlicher Vorteil des SIEC-Kriteriums besteht allerdings darin, dass zweifelsfrei sämtliche Ausprägungen nicht koordinierter Effekte von Zusammenschlüssen erfasst werden können. Anders als die Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung setzt der SIEC-Test nicht den Nachweis einer Marktführerschaft voraus. Daher können auch Transaktionen sanktioniert werden, die zu negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb in Form höherer Preise, geringerer Produktqualität oder reduzierter Innovationstätigkeit führen, ohne dass die Zusammenschlussbeteiligten die höchsten Anteile auf dem relevanten Markt auf sich vereinigen. So wurde auch die Einführung des SIEC-Tests in die FKVO im Wesentlichen damit begründet, dass andernfalls eine Anwendungslücke in der europäischen Fusionskontrolle verbleibe. Der genannte Vorteil hat selbst vor dem Hintergrund Bestand, dass bislang nur wenige eindeutige „Lücken-Fälle“ entschieden worden sind. Auch wenn der SIEC-Test lediglich in wenigen Fällen zu einer sachgerechteren Entscheidung beigetragen hat, ist seine Übernahme als positiv zu bewerten.

21. Die Gegenansicht geht davon aus, dass nicht koordinierte Effekte auch mittels – weiterentwickeltem – Marktbeherrschungstest erfassbar sind. Hierfür werden verschiedene Lösungsansätze präsentiert, z. B. die stärkere Betonung der „Drittwirkung“ von Zusammenschlüssen[10], die Strategie einer engeren Marktabgrenzung oder eine dynamische Fortentwicklung des Marktbeherrschungsbegriffs in dem Sinne, dass Marktführerschaft keine notwendige Voraussetzung für eine Untersagung ist[11]. In die letztgenannte Richtung hatte sich auch die Monopolkommission als Reaktion auf den Versuch des BMWi, den SIEC-Test im Rahmen der 7. GWB-Novelle

---

[8] BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“.

[9] BKartA, Neuer Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 21. Juli 2011, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/20110721-Leitfaden-FuKo_Entwurf-ENDG. pdf

[10] BKartA, Marktbeherrschungs- und SIEC-Test, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 24. September 2009, Hintergrundpapier, S. 5.

[11] Vgl. Barth, C./Budde, S., Die Implementierung des SIEC-Tests im GWB und ihre Folgen für die nationale Fusionskontrolle, Teil I, Betriebs-Berater 66 (31), 2011, S. 1859-1866.

in das deutsche Kartellrecht zu übernehmen, geäußert.[12] Einen normativen Ansatz für eine Fortentwicklung des Marktbeherrschungstests hatte die Monopolkommission in § 19 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB gesehen. Als einen ersten Schritt hin zu einer weiteren Auslegung des Marktbeherrschungsbegriffs in der Entscheidungspraxis ist möglicherweise die Feststellung des Bundeskartellamtes in seinem Bericht zur Sektoruntersuchung Energie zu deuten, derzufolge mehrere Energieversorgungsunternehmen nebeneinander einzelmarktbeherrschende Stellungen einnehmen.[13]

22. Für die europäische Fusionskontrolle kann die Streitfrage aufgrund der zwischenzeitlich erfolgten Umstellung auf das SIEC-Kriterium keiner Klärung durch den EuGH zugeführt werden. Auf deutscher Ebene ist eine höchstrichterliche Feststellung zwar grundsätzlich noch möglich. Bis zu einer verbindlichen Klärung der Auslegungsfragen würden jedoch mehrere Jahre vergehen, die durch ein hohes Maß an Verunsicherung und fehlender Vorhersehbarkeit geprägt wären. Zweifelhaft ist in diesem Zusammenhang auch, ob der BGH tatsächlich die parallele Einzelmarktbeherrschung mehrerer Unternehmen bzw. eine kollektive Marktbeherrschung ohne den Nachweis eines Parallelverhaltens der Oligopolisten als Marktbeherrschung im Sinne des GWB akzeptieren würde. Wäre dies nicht der Fall, müsste in einigen Jahren erneut über die Aufnahme des SIEC- oder eines vergleichbaren Kriteriums in das GWB entschieden werden.

23. Des Weiteren können mit dem Übergang zum europäischen Untersagungstatbestand gewisse Schwächen des Marktbeherrschungskriteriums abgemildert werden, weil der SIEC-Test die Auswirkungen von Zusammenschlüssen direkt erfasst. So kann z. B. in Ausschreibungsmärkten anhand der jeweiligen Bieterdaten direkt gemessen werden, welche Preiszugeständnisse eine Zusammenschlusspartei bei Teilnahme der anderen Fusionspartei sowie dritter Anbieter gemacht hat; aus den Ergebnissen lässt sich unmittelbar ablesen, inwieweit der geplante Zusammenschluss negative Wettbewerbswirkungen hervorruft. Demgegenüber werden die Zusammenschlusseffekte beim traditionellen Marktbeherrschungstest nur mittelbar über die Begründung und Verstärkung einer marktbeherrschenden Position festgestellt. Das Marktbeherrschungskonzept setzt dabei notwendigerweise an dem jeweiligen sachlich und räumlich relevanten Markt an und sieht in den Marktanteilen der Zusammenschlussparteien und ihrer Wettbewerber ein besonders wichtiges Kriterium für die wettbewerbliche Beurteilung. Die Bedeutung, die der Marktabgrenzung und den Marktanteilen im nationalen Recht prinzipiell beigemessen wird, findet z. B. ihren Ausdruck in der Bagatellmarktklausel und den Marktanteilsvermutungen. Vor diesem Hintergrund kann sich die von der Wettbewerbsbehörde vorgenommene Marktabgrenzung als ausschlaggebend für die weitere Beurteilung eines Zusammenschlusses erweisen. Je nachdem, ob der relevante sachliche und räumliche Markt enger oder weiter gefasst wird, können die Marktanteilsschätzungen sehr unterschiedlich ausfallen. Dementsprechend sind die Zusammenschlussparteien häufig an einer möglichst weiten Marktabgrenzung interessiert; ihre gemeinsamen Marktanteile fallen oft geringer aus, wenn mehr Produkte und größere Gebiete in den Markt einbezogen werden. Im Einzelfall kann aus Unternehmenssicht jedoch auch ein enger gefasster Markt von Vorteil sein, z. B. sofern dadurch Marktanteilsadditionen bei den Zusammenschlussparteien gänzlich entfallen. Schließlich kann die Feststellung, dass zwei Produkte ein und demselben Markt angehören bzw. separate Märkte bilden, den gesamten Prüfungsansatz beeinflussen – im ersten Fall liegt ein horizontaler Zusammenschluss vor, der prinzipiell kritischer gesehen wird als eine vertikale oder konglomerate Fusion, wie sie im zweiten Fall gegeben ist.

24. Vor diesem Hintergrund ist es als problematisch anzusehen, dass die Marktdefinition seit jeher mit Unsicherheiten und Schwächen behaftet ist. Als fehleranfällig erweist sich insbesondere eine Marktabgrenzung, die auf Auskünften von Marktteilnehmern basiert. Wettbewerber der Zusammenschlussparteien, Abnehmer und Lieferanten verfolgen bei der Beantwortung von Fragen der Wettbewerbsbehörde möglicherweise eigene Interessen oder schätzen ihr eigenes künftiges Verhalten schlicht falsch ein; so kann die Beantwortung hypothetischer Fragen ganz anders ausfallen als die tatsächliche Reaktion, wenn sich die Annahmen später realisieren. Die Antworten auf behördliche Fragebögen können ferner divergieren, je nachdem ob Kartelljuristen, Vertriebsmitarbeiter, Einkäufer oder Ingenieure befragt werden. Probleme bereitet das herkömmliche Bedarfsmarktkonzept ferner, weil es häufig auf einer Beschreibung von Produktmerkmalen und -eigenschaften anstatt auf Nachfragekategorien basiert. Besonders schwierig ist die gerichtsfeste Marktdefinition, wenn der Zusammenschluss heterogene Produkte betrifft, die – sachlich und/oder räumlich – in einem unterschiedlich nahen Substitutionsverhältnis zueinander stehen. Stellen Produkte für die Abnehmer unterschiedlich gute Substitute dar, vermindert sich die Aussagekraft der Marktabgrenzung und der darauf basierenden Marktanteile erheblich.

25. Für die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes ist allerdings auch festzuhalten, dass die vorherrschende Bedeutung der Prüfkriterien Marktabgrenzung und Marktanteil in den letzten Jahren stark nachgelassen hat. Das Bundeskartellamt nimmt – wie die Europäische Kommission – vielmehr eine Gesamtbetrachtung des angemeldeten Zusammenschlusses vor, in die eine Reihe verschiedener Aspekte einfließt. Diese Vorgehensweise spiegelt sich unter anderem in dem Entwurf eines neuen Leitfadens des Bundeskartellamtes zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle deutlich wider.[14] Hiernach

---

[12] Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Hauptgutachten 2002/2003, Baden-Baden 2005, Tz. 211 ff., 228 ff.

[13] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Stromerzeugung/Stromgroßhandel, Januar 2011, S. 20.

[14] BKartA, Neuer Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 21. Juli 2011, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/20110721-Leitfaden-FuKo_Entwurf-ENDG. pdf

wird gegebenenfalls auch das Näheverhältnis von Produkten verschiedener Wettbewerber beachtet und damit der Tatsache Rechnung getragen, dass der Zusammenschluss von zwei Herstellern enger Substitute größere Auswirkungen auf den Wettbewerb hat als die Fusion von Unternehmen, die nur entfernte Substitute herstellen – und dies auch, wenn die neue Unternehmenseinheit in beiden Fällen dieselben Marktanteile aufweisen würde. Daneben bewertet das Amt schon seit einigen Jahren Marktanteile in einer veränderten Weise, z. B. in Ausschreibungsmärkten mit wenigen großen Transaktionen oder bei neuen Marktteilnehmern, die ein besonders aggressives Wettbewerbsverhalten zeigen.

Die Betrachtung der deutschen Amtspraxis in den letzten Jahren macht deutlich, dass auch im Rahmen des Marktbeherrschungstests eine gewisse Relativierung der Aspekte Marktdefinition und Marktanteil möglich ist. Nichtsdestotrotz bleibt der herkömmliche Test konzeptionell an die Abgrenzung eines sachlich und räumlich relevanten Marktes gebunden. Fraglich ist daher insbesondere, ob die Rechtsprechung auf der Basis des Marktbeherrschungskriteriums eine weitergehende Entwicklung hin zu einer direkten Beurteilung von Wettbewerbseffekten mittragen würde. Diese Frage ist bislang offen, eine verbindliche Klärung würde wahrscheinlich mehrere Jahre in Anspruch nehmen. Mit dem Übergang zum SIEC-Test wird dem Bundeskartellamt demgegenüber zweifelsfrei die Möglichkeit eröffnet, im Rahmen der wettbewerblichen Prüfung auf die direkten Auswirkungen einer Transaktion abzustellen. Gerade bei Zusammenschlussvorhaben mit heterogenen Produkten oder auf sog. mehrseitigen Märkten lassen sich so Fehler bei der Beurteilung vermeiden, da der Umweg über die Marktabgrenzung und die Marktanteile vermieden werden kann.

26. Gegen eine Änderung des Untersagungskriteriums im deutschen Fusionskontrollrecht könnte möglicherweise die damit verbundene Rechtsunsicherheit angeführt werden. Im Zuge der 7. GWB-Novelle hatte die Monopolkommission gegen eine Übernahme des SIEC-Kriteriums ins deutsche Kartellrecht votiert und sich dabei insbesondere auf die erhebliche Rechtsunsicherheit bezogen, die mit dem Wechsel zu einem gerade erst auf europäischer Ebene implementierten Test verbunden wäre.[15] Diese Argumentation kann nach mehrjähriger europäischer Entscheidungspraxis so nicht aufrechterhalten werden. Vielmehr sind die Konturen des SIEC-Tests, insbesondere aufgrund der von der Europäischen Kommission veröffentlichten Leitlinien zu horizontalen und vertikalen Zusammenschlüssen und einer Vielzahl von Entscheidungen, nunmehr recht deutlich umrissen. Dennoch bleiben einige Unwägbarkeiten bestehen.

27. Erwägungsgrund 25 erstreckt die Anwendbarkeit des Tatbestands der erheblichen Wettbewerbsbehinderung zwar ausschließlich auf diejenigen negativen Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses, die sich in oligopolistischen Märkten aus nicht koordiniertem Verhalten von Unternehmen ohne beherrschende Stellung ergeben. Allerdings hat die Europäische Kommission den Begriff der erheblichen Wettbewerbsbehinderung in ihrer Entscheidungspraxis durchaus auch auf Sachverhalte ohne oligopolistischen Bezug angewendet. Die europäischen Gerichte haben sich bislang noch nicht mit dem Kriterium der erheblichen Wettbewerbsbehinderung auseinandergesetzt; es besteht demnach ein nicht unbeträchtlicher Spielraum für die Interpretation und Weiterentwicklung der europäischen Eingriffsschwelle. Daneben ist das Zusammenspiel zwischen der erheblichen Wettbewerbsbeschränkung einerseits und der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung andererseits noch von Unsicherheiten geprägt. So stellt sich insbesondere die Frage, ob auch eine geringfügige Verstärkung der Marktbeherrschung das Erheblichkeitserfordernis des SIEC-Tests erfüllt. Daran schließt sich die Frage an, ob mit Übernahme der europäischen Eingriffsschwelle mittelbar ein Spürbarkeitskriterium in die deutsche Fusionskontrolle Eingang finden wird, das das geltende Prinzip des „sliding scale“ ablöst.[16]

Darüber hinaus wird die Annahme, Marktbeherrschung stelle in der europäischen Praxis stets eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung dar, durch die Entscheidung der Europäischen Kommission im Verfahren Friesland/Campina widerlegt.[17] In diesem Fall hat die Europäische Kommission trotz der Feststellung von Marktbeherrschung der Zusammenschlussbeteiligten im Ergebnis eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung im Sinne von Artikel 2 FKVO verneint und den Zusammenschluss freigegeben. Der Schlussfolgerung des Referentenentwurfs, bei Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung sei stets von einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung im Sinne des SIEC-Tests auszugehen, kann – vor dem Hintergrund der genannten Entscheidung – jedenfalls für die europäische Fusionskontrolle nicht zugestimmt werden. Kontrovers erörtert wird derzeit schließlich, ob und inwieweit das Bundeskartellamt bei einem Wechsel zum SIEC-Test an diesbezügliche Entscheidungen und Auslegungsgrundsätze der Europäischen Kommission sowie die Rechtsprechung des EuGH gebunden ist. Weitergehend ist davon auch die Frage berührt, inwieweit deutsche Gerichte berechtigt und verpflichtet sein werden, Streitfragen bezüglich der Anwendung der neuen Eingriffsschwelle dem EuGH vorzulegen.

28. Trotz der dargestellten Kontroversen hält die Monopolkommission den SIEC-Test aufgrund der bisherigen europäischen Entscheidungspraxis für so hinreichend klar umrissen, dass bei einer Übernahme in nationales Recht nicht mit schwerwiegenden Unsicherheiten zu rechnen

[15] Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a.a.O., Tz. 211 ff., 236 ff.

[16] Nach dem Sliding-Scale-Prinzip in der deutschen Fusionskontrolle kommt es für das Vorliegen einer Verstärkung von Marktbeherrschung darauf an, in welchem Umfang der Wettbewerb bereits vor dem fraglichen Zusammenschluss eingeschränkt ist. Je stärker die marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussbeteiligten vor dem Zusammenschluss ist, desto geringfügiger müssen die durch den Zusammenschluss bewirkten negativen Wettbewerbseffekte ausfallen.

[17] EU-Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2008, M.5046.

ist. Dazu trägt in besonderem Maß der Umstand bei, dass das Marktbeherrschungskriterium – wenn auch möglicherweise leicht modifiziert – weiterhin für die Fusionskontrolle relevant bleibt. Das deutsche Kartellrecht ist stets Gegenstand von Auslegungsfragen und Rechtsfortbildung gewesen. Auch die Weiterentwicklung des SIEC-Kriteriums im Rahmen der nationalen Fusionskontrolle kann insoweit der Entscheidungspraxis von Bundeskartellamt und Rechtsprechung überlassen werden.

3.2 Effizienzeinwand, Abwägungsklausel und Ministererlaubnis

29. Mit der FKVO-Novelle von 2004 war nicht nur ein Wechsel vom Marktbeherrschungskriterium zum SIEC-Test verbunden; eine weitere wesentliche Neuerung bildete die Aufnahme eines expliziten Effizienzeinwands in die europäische Fusionskontrolle.[18] Die Effizienzverteidigung fand ihren Niederschlag zwar nicht in den Normen der Fusionskontrollverordnung, Effizienzvorteile werden aber ausdrücklich in Erwägungsgrund 29 FKVO erwähnt. Hiernach sollte bei der Einschätzung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen Rechnung getragen werden, die von den Zusammenschlussbeteiligten dargelegt werden. Den Hintergrund für die Berücksichtigung von Effizienzen bildet die Überlegung, dass aus Zusammenschlüssen in der Regel ambivalente Wirkungen erwachsen: Mit derartigen Transaktionen können einerseits negative Wirkungen auf den Wettbewerb einhergehen, andererseits Effizienzgewinne, z. B. Kosteneinsparungen bei Produktion oder Vertrieb, hervorgerufen werden. Solche Effizienzen sind in die Gesamtbetrachtung eines Zusammenschlussvorhabens einzubeziehen und können die negativen Wettbewerbseffekte einer Fusion gegebenenfalls ausgleichen.

Ergänzt werden die Ausführungen in Erwägungsgrund 29 FKVO durch detailliertere Aussagen der Europäischen Kommission in den Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen.[19] Hiernach haben die von den Parteien geltend gemachten Effizienzvorteile drei Anforderungen kumulativ zu erfüllen: Sie müssen – jedenfalls auch – den Verbrauchern zugute kommen, fusionsspezifisch und überprüfbar sein. Als Vorteile für die Verbraucher werden z. B. Kosteneinsparungen bei der Produktion oder dem Vertrieb der fusionierten Einheit sowie die Bereitstellung neuer oder verbesserter Waren oder Dienstleistungen genannt. Die Europäische Kommission geht davon aus, dass Effizienzgewinne den Verbrauchern nur dann zugute kommen, wenn sie erheblich sind, sich kurzfristig einstellen und an die Verbraucher in den relevanten Märkten weitergegeben werden, in denen ansonsten Wettbewerbsbedenken entstehen würden. Außerdem muss das fusionierte Unternehmen auch nach dem Zusammenschluss ausreichendem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sein, da andernfalls die Weitergabe von Vorteilen sehr unwahrscheinlich ist. Fusionsspezifisch sind Effizienzgewinne, wenn sie eine unmittelbare Folge der betreffenden Transaktion sind und nicht in vergleichbarem Ausmaß durch weniger wettbewerbsbeschränkende Alternativen erzielt werden könnten. Schließlich müssen die geltend gemachten Effizienzvorteile nachprüfbar, d. h. nach Möglichkeit mit Zahlenangaben untermauert sein. Da sich die maßgeblichen Informationen regelmäßig im Besitz der Zusammenschlussparteien befinden, obliegt diesen die rechtzeitige Vorlage aller erforderlichen Daten.

30. Der Referentenentwurf übernimmt zwar das Untersagungskriterium aus dem europäischen Recht, eine entsprechende Regelung zur expliziten Berücksichtigung von Effizienzen nach dem Vorbild der FKVO und der Horizontal-Leitlinien enthält er jedoch nicht. Auch die Begründung zum Referentenentwurf setzt sich nicht mit der Frage eines expliziten Effizienzeinwands nach europäischem Muster auseinander. Dieser vollständige Verzicht auf eine Befassung mit der europäischen Effizienzverteidigung verwundert – um so mehr vor dem Hintergrund, dass mit dem Gesetzentwurf ein level playing field von deutscher und europäischer Fusionskontrolle angestrebt wird. Hier wäre eine Erörterung der Gründe für ein Abweichen von der europäischen Rechtslage zu erwarten gewesen. Zwar machen weder der more economic approach noch der SIEC-Test eine einzelfallbezogene Berücksichtigung von Effizienzvorteilen notwendig. Vielmehr lassen sie auch eine nur pauschalierte Beachtung von Effizienzen zu.[20] Dennoch stellt die Einführung der Effizienzverteidigung einen Kernpunkt der FKVO-Reform von 2004 dar, die zudem in engem Zusammenhang mit dem vorgenommenen Wechsel zum SIEC-Kriterium steht und die aktuelle Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission mitprägt. Aus den genannten Gründen sollte die Frage, ob eine ausdrückliche Berücksichtigung von Effizienzvorteilen erfolgen soll, zumindest in den Gesetzesmaterialien angesprochen und bewusst entschieden werden. Dabei sind Vor- und Nachteile eines expliziten Effizienzeinwands zu erörtern und abzuwägen.

31. Der Umstand, dass die Effizienzverteidigung weder im Gesetzentwurf noch in der Entwurfsbegründung erwähnt wird, spricht dafür, dass das BMWi keine Notwendigkeit für eine Implementierung dieses Instruments im deutschen Recht sieht. Nicht auszuschließen ist allerdings, dass die fehlende Auseinandersetzung mit der Frage einer expliziten Effizienzverteidigung im Referen-

[18] Ob bereits die VO 4064/1989 einen Effizienzeinwand für die zusammenschlussbeteiligten Unternehmen enthielt, wurde kontrovers diskutiert; vgl. hierzu Schwalbe, U./Zimmer, D., Kartellrecht und Ökonomie, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 2011, S. 427 ff.

[19] Vgl. die Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nummer C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5, S. 13 ff., Rn. 76 ff. In den Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen wird für die Bewertung von Effizienzen im Wesentlichen auf die Grundsätze in den Horizontal-Leitlinien verwiesen, ABl. EU Nummer C 265 vom 18. Oktober 2008, S. 6, S. 15, Rn. 53.

[20] Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a.a.O., Tz. 235.

tenentwurf nicht deren grundsätzliche Ablehnung bedeutet, sondern die Haltung des Ministeriums widerspiegelt, diesen Aspekt allein der künftigen fusionskontrollrechtlichen Entscheidungspraxis von Bundeskartellamt und Kartellgerichten zu überlassen. Eine solche Vorgehensweise wäre vor allem aufgrund des damit verbundenen erheblichen Beurteilungsspielraums des Bundeskartellamtes sowie der daraus folgenden Rechtsunsicherheit mit Skepsis zu betrachten. Zum einen sind erhebliche Streitpunkte mit dem europäischen Effizienzeinwand selbst verbunden. Neben der lange umstrittenen Frage, ob überhaupt ein ausdrücklicher Effizienzeinwand in die FKVO eingeführt werden sollte, ist hier beispielhaft die in Wissenschaft und Praxis geführte Diskussion zu nennen, welcher Wohlfahrtsstandard – der Gesamt- oder der Konsumentenwohlfahrtsstandard – anzuwenden ist. Daneben wird seit Einführung der Effizienzverteidigung in die europäische Zusammenschlusskontrolle kontrovers diskutiert, welche Anforderungen vorgebrachte Effizienzen erfüllen sollten, um im Rahmen der behördlichen Entscheidung berücksichtigt werden zu können.

32. Diese Unsicherheiten werden im Hinblick auf Besonderheiten des deutschen Fusionskontrollregimes noch erhöht. Laut Referentenentwurf sollen sowohl die Ministererlaubnis nach § 42 GWB als auch die Abwägungsklausel nach § 36 Absatz 1 GWB als Instrumente der nationalen Zusammenschlusskontrolle erhalten bleiben. Insoweit können sich schwierige Abgrenzungsprobleme hinsichtlich Zuständigkeit und Reichweite der bestehenden Instrumente einerseits und des Effizienzeinwands andererseits ergeben. Ferner ist daran zu erinnern, dass die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes durch unabhängige Beschlussabteilungen geprägt ist, wodurch das Risiko einer unterschiedlichen Behandlung von Effizienzgesichtspunkten deutlich steigt. Gerade bei einer so weitreichenden Entscheidung, wie sie jene über die explizite Berücksichtigung von Effizienzen im deutschen Fusionskontrollrecht darstellt, sind jedoch von Anfang an Klarheit über die Zulässigkeit eines solchen Instruments sowie einheitliche Beurteilungsstandards zu gewährleisten. Die Frage, ob im Rahmen des neu eingeführten SIEC-Tests auch Effizienzargumente im Einzelfall beachtet werden müssen, wird spätestens in dem Zeitpunkt virulent, in dem sich fusionswillige Unternehmen gegenüber dem Bundeskartellamt auf positive Effekte ihres Vorhabens berufen. Auf eine diesbezügliche Klärung durch die Wettbewerbsbehörde und die Rechtsprechung zu vertrauen, würde die Inkaufnahme eines erhebliches Maßes an Rechtsunsicherheit und mangelnder Vorhersehbarkeit für alle Beteiligten auf viele Jahre hinaus bedeuten. Vor diesem Hintergrund ist eine ausdrückliche Positionierung des Gesetzgebers zu der Möglichkeit eines Effizienzeinwands im Sinne der FKVO zwingend. Im Falle der gesetzlichen Zulassung von Effizienzargumenten wären entsprechende Leitlinien vonseiten des Bundeskartellamtes wünschenswert.

33. Nach Auffassung der Monopolkommission bedarf es in der deutschen Fusionskontrolle keiner expliziten Effizienzverteidigung, wie sie in Erwägungsgrund 29 FKVO und den Horizontal-Leitlinien verankert ist. Zwar ist grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung sämtlicher Auswirkungen eines Zusammenschlusses seitens der zuständigen Wettbewerbsbehörde anzustreben. Gegen eine Übernahme der europäischen Vorgaben sprechen jedoch mehrere Gründe. Zum einen werden in der deutschen Fusionskontrolle auch künftig Effizienzgewinne – jedenfalls partiell – in pauschalierender Form berücksichtigt werden. Zum Zweiten erlaubt das GWB schon heute im Wege der Ministererlaubnis und der Abwägungsklausel die Beachtung gewisser Effizienzen und sonstiger positiver Auswirkungen eines Zusammenschlusses im Einzelfall. Drittens spricht eine Kosten-Nutzen-Analyse gegen die Aufnahme eines einzelfallbezogenen Effizienzeinwands in Anlehnung an Erwägungsgrund 29 FKVO.

34. Die erforderliche Gesamtbetrachtung von Zusammenschlussvorhaben unter Einbeziehung von Effizienzgewinnen ist grundsätzlich auf zwei Arten möglich: durch eine einzelfallbezogene Berücksichtigung einerseits oder eine pauschalierende Regelung andererseits. Im GWB wird Effizienzen von Zusammenschlüssen bislang weitgehend in pauschalierender Weise entsprochen. Unterhalb der Marktbeherrschungsgrenze wird davon ausgegangen, dass die Effizienzen des Zusammenschlusses die Wettbewerbsbehinderung überwiegen. Oberhalb dieser Schwelle besteht die generelle, aber widerlegbare Annahme, dass die negativen Wettbewerbswirkungen die positiven Effekte des Zusammenschlusses überwiegen. Es ist zu erwarten, dass die Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung auch im Rahmen des SIEC-Tests ein wesentliches Kriterium in der Entscheidungspraxis bleibt. Jedenfalls insoweit dürften Effizienzargumente auch künftig durch das Setzen einer relativ hohen Eingriffsschwelle abgegolten sein. In diesem Zusammenhang ist außerdem von Bedeutung, dass die einzelfallbezogene Berücksichtigung von Effizienzvorteilen im Rahmen des Marktbeherrschungskriteriums wesentlich schwieriger zu handhaben sein dürfte als bei einem Konzept, das sich bei der Bewertung von Zusammenschlüssen in erster Linie auf kurzfristige Preis- und Mengeneffekte konzentriert. Während im letzteren Fall einerseits Preissteigerungseffekte eines Zusammenschlusses und andererseits preissenkende Auswirkungen aufgrund von Effizienzen miteinander verglichen werden können, müssten im Rahmen eines Marktbeherrschungskriteriums – soweit dieses im Rahmen des SIEC-Tests Relevanz erlangt – in erster Linie strukturorientierte, langfristige, negative Wettbewerbswirkungen mit kurzfristigen Preissenkungseffekten abgewogen werden. Eine solche Abwägung verleiht der zuständigen Wettbewerbsbehörde einen sehr großen Beurteilungsspielraum.

35. Bereits gegenwärtig berücksichtigt das deutsche Fusionskontrollrecht gewisse Effizienzgesichtspunkte und sonstige positive Auswirkungen von Zusammenschlüssen im Rahmen einer einzelfallbezogenen Analyse. Diese Gesamtbetrachtung erfolgt im Rahmen der Abwägungsklausel in § 36 Absatz 1 2. Halbsatz und im Wege des Ministererlaubnisverfahrens gemäß § 42 GWB. Die von Ministererlaubnis und Abwägungsklausel einerseits und vom europäischen Effizienzeinwand andererseits erfassten Sachverhalte überschneiden sich zum Teil, teilweise weichen sie auch voneinander ab. Ministererlaubnis und Effizienzverteidigung ähneln sich insofern, als nur Vorteile,

die nicht allein den zusammenschlussbeteiligten Unternehmen zugute kommen, berücksichtigungsfähig sind. So können Rationalisierungsgewinne auch im Wege der Ministererlaubnis beachtet werden, sofern sie großes Gewicht haben und konkret nachgewiesen werden, da andernfalls eine Weitergabe an die Verbraucher als unwahrscheinlich anzusehen ist. Die Verbesserung von Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten kann ebenfalls in die Abwägung einfließen, jedenfalls sofern durch den Zusammenschluss eine entsprechende eigenständige Tätigkeit erst ermöglicht wird.[21] Das Instrument der Ministererlaubnis geht allerdings insoweit über den Effizienzeinwand der FKVO hinaus, als es auch andere gesamtwirtschaftliche Vorteile wie den Erhalt von Arbeitsplätzen oder die Entlastung der öffentlichen Haushalte umfasst.[22] Derartige Erwägungen finden schon deshalb im Rahmen des Effizienzeinwands der FKVO keinen Eingang in die behördliche Entscheidung, weil diesbezügliche Vorteile nicht überwiegend den Verbrauchern auf den von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Märkten zugute kommen. Dies gilt erst recht im Hinblick auf nicht ökonomische Ziele wie etwa den Umwelt- und Klimaschutz, die eine Ministererlaubnis rechtfertigen können. Parallelen zwischen den beiden Instrumenten bestehen wiederum hinsichtlich der Anforderungen an die möglichen positiven Auswirkungen: die Vorteile müssen jeweils alsbald und mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten, fusionsspezifisch und nicht auf weniger wettbewerbsbeschränkende Weise erreichbar sein.

Die Abwägungsklausel erweitert die Analyse um die strukturellen Folgen von Zusammenschlüssen auf Drittmärkten. Rationalisierungsgewinne können auch hier im Einzelfall Beachtung finden, allerdings nur, sofern sie zu einer Verbesserung der strukturellen Wettbewerbsbedingungen führen. Reine Verhaltensänderungen, z. B. Preissenkungen, genügen den Anforderungen der Abwägungsklausel nicht.[23] Ein weiterer wesentlicher Unterschied besteht darin, dass in den Abwägungsprozess lediglich Verbesserungen auf solchen Märkten einfließen dürfen, die nicht von den festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen betroffen sind. So kann z. B. der Ausbau von Forschungs- und Entwicklungskapazitäten nur dann entscheidungsrelevant werden, wenn es sich um Kapazitäten auf Drittmärkten handelt. In der europäischen Fusionskontrolle hingegen dürfen Verbesserungen auf anderen Märkten als den von der Wettbewerbsbehinderung betroffenen laut Rechtsprechung des EuG nicht zu einer Freigabeentscheidung führen.[24] Verfahrensrechtlich bestehen auch zwischen Abwägungsklausel und europäischem Effizienzeinwand gewisse Übereinstimmungen. So müssen die beteiligten Unternehmen im Rahmen der Abwägungsklausel mögliche Wettbewerbsverbesserungen darlegen und nachweisen; der Amtsermittlungsgrundsatz gilt jedoch insofern weiter, als das Bundeskartellamt dem substantiierten Vortrag der Zusammenschlussbeteiligten nachgehen muss.

36. Nach Auffassung der Monopolkommission sollten Abwägungsklausel und Ministererlaubnis nicht durch den Effizienzeinwand des europäischen Fusionskontrollrechts ersetzt werden. Zum einen würde durch einen solchen Wechsel die bisherige Entscheidungs- und Rechtsprechungspraxis obsolet – zusätzliche Rechtsunsicherheit wäre die Folge. Zum Zweiten entfiele die Chance einer Weiterentwicklung des nationalen Fusionskontrollrechts auf der Grundlage bestehender Rechtstraditionen und -prinzipien. Ohne ein Instrument wie die Abwägungsklausel gäbe es – jedenfalls derzeit – keine Möglichkeit mehr, Wettbewerbsverbesserungen auf Drittmärkten in Rechnung zu stellen. Schließlich würde die Abschaffung der Ministererlaubnis erhebliche Nachteile mit sich bringen. Die Abwägung zwischen wettbewerblichen Aspekten und sonstigen wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Zielen ist eine politische Entscheidung, für die eine politisch legitimierte Instanz die Verantwortung zu tragen hat. Das zweistufige Verfahren – ausschließlich an Wettbewerbsgesichtspunkten orientierte Prüfung auf der ersten Stufe, Abwägung mit gesamtwirtschaftlichen Vorteilen und überragenden Allgemeininteressen auf der zweiten Stufe – steigert die Transparenz der Entscheidung, da sowohl die Schwere der Wettbewerbsbehinderung als auch die Art und Bedeutung sonstiger Interessen offenzulegen sind. Der Bundeswirtschaftsminister wird durch die Entscheidung des Bundeskartellamtes und das obligatorische Gutachten der Monopolkommission zu einer umfassenden Auseinandersetzung mit allen Argumenten verpflichtet. Da gerade in Fusionskontrollverfahren die Gefahr politischer Einflussnahme nie völlig auszuschließen ist, lässt sich außerdem die Unabhängigkeit des Bundeskartellamtes besser unter Beibehaltung des Ministererlaubnisverfahrens aufrechterhalten.

37. Eine darüber hinausgehende Berücksichtigung von Effizienzen in Anlehnung an das europäische Fusionskontrollrecht hält die Monopolkommission bei Abwägung von Nutzen und Kosten nicht für geboten. Prinzipiell liegt der Nutzen einer einzelfallbezogenen Effizienzbetrachtung in einer größeren Einzelfallgerechtigkeit und der Vermeidung von Entscheidungsfehlern. Es wird also erwartet, dass bei einer Einzelfallanalyse weniger Zusammenschlüsse, die große Effizienzgewinne bewirken, verboten oder lediglich unter Bedingungen und Auflagen freigegeben werden. Für das deutsche Fusionskontrollrecht erachtet die Monopolkommission den zusätzlichen Nutzen einer Effizienzverteidigung als eher gering. Dafür spricht zum einen, dass das GWB mittels Abwägungsklausel und Ministererlaubnis schon heute gewissen positiven Auswirkungen von Zusammenschlüssen gerecht wird. Zum anderen zeigen die bisherigen Erfahrungen auf europäischer Ebene, dass die positiven Wirkungen eines ausdrücklichen Effizienzeinwands äußerst begrenzt sind.[25]

---

[21] Vgl. Mestmäcker/Veelken in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, 4. Aufl., München 2007, § 42, Rn. 42.

[22] Vgl. ebenda, § 42, Rn. 43, 50.

[23] Vgl. ebenda, § 36, Rn. 321.

[24] EuG, Urteil vom 21. September 2005, T-87/05, EDP/Europäische Kommission, Slg. 2005 II-03745.

[25] Vgl. Röller, L.-H., Efficiencies in EU Merger Control: Do They Matter? in: Ramser, H.J./Stadler, M. (Hrsg.), Marktmacht, Tübingen 2010, S. 185-195.

38. Wie oben dargestellt, ist der sachliche und räumliche Anwendungsbereich der besonderen deutschen Instrumente zum Teil weiter, zum Teil enger als jener der Effizienzverteidigung. Die Ministererlaubnis umfasst grundsätzlich alle gesamtwirtschaftlichen Vorteile und darüber hinaus nicht ökonomische Effekte, die Abwägungsklausel berücksichtigt strukturorientierte Verbesserungen; im Rahmen beider Instrumente werden Drittmärkte in die Beurteilung einbezogen. Was die Möglichkeit der betroffenen Unternehmen angeht, positive Auswirkungen eines Zusammenschlusses während des Verfahrens vorzutragen, ergeben sich ebenfalls Parallelen, aber auch gewisse Unterschiede. Während sowohl der ausdrückliche Effizienzeinwand als auch Erwägungen im Rahmen der Abwägungsklausel grundsätzlich in jedem laufenden Verfahren geltend gemacht werden können, ist dies im Falle gesamtwirtschaftlicher Vorteile oder besonderer Allgemeininteressen differenzierter zu sehen. Ein Antrag auf Ministererlaubnis kann erst nach erfolgter Untersagung einer Transaktion vorgelegt, die entsprechende Begründung also erst auf der zweiten Verfahrensstufe eingebracht werden. Dies dürfte eine gewisse Hürde für die beteiligten Unternehmen darstellen, überhaupt gesamtwirtschaftliche Belange oder überragende Allgemeininteressen vorzubringen. Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass für eine Effizienzverteidigung ein gewisser, wenn auch begrenzter Anwendungsbereich verbliebe.

39. Allerdings ist die Frage zu beantworten, ob der zusätzliche Nutzen eines Effizienzeinwandes den damit für Unternehmen, Administration und – möglicherweise – Gerichte verbundenen Aufwand zu rechtfertigen vermag. Hier ist in Rechnung zu stellen, dass die Europäische Kommission seit Inkrafttreten der FKVO von 2004 Effizienzerwägungen kaum je Entscheidungsrelevanz zugesprochen hat.[26]

So kritisierte die Europäische Kommission etwa in den Verfahren Itema/Barcovision[27] und Lufthansa/Austrian Airlines[28] zu knappe oder zu vage Ausführungen der Zusammenschlussbeteiligten im Hinblick auf mögliche Effizienzvorteile. Im letztgenannten Fall kam das Fehlen jeglicher Belege mit der Folge hinzu, dass die Wettbewerbsbehörde das Vorbringen der Parteien gänzlich unberücksichtigt ließ. Im Verfahren Arjowiggins/M-Real Zander Reflex[29] waren nicht nur die Ausführungen der Unternehmen zu knapp, auch die vorgelegte Analyse mit Schätzungen zur Wettbewerbsfähigkeit verschiedener Produktionsstätten für Selbstdurchschreibepapier wies nach Auffassung der Europäischen Kommission mehrere Mängel auf und lieferte keinen Beleg dafür, dass die geltend gemachten Effizienzen fusionsspezifisch sind. Für nicht fusionsspezifisch hielt die Wettbewerbsbehörde die geltend gemachten Effizienzen ebenfalls in den Fällen Inco/Falconbridge[30], Arsenal/ DSP[31] und RyanAir/Aer Lingus[32]. Die Weitergabe von Effizienzgewinnen an die Verbraucher wurde z. B. in den Fällen T-Mobile/Telering[33] und RyanAir/Aer Lingus als unwahrscheinlich erachtet. Im Verfahren Lufthansa/SN Airholding[34] stellte die Europäische Kommission fest, dass die vorgebrachten Effizienzen den Verbrauchern auf den von Wettbewerbsbehinderungen betroffenen Strecken nicht in einem Umfang zugute kommen, der die festgestellten Wettbewerbsbeeinträchtigungen ausgleichen könnte. Nach Ansicht der Europäischen Kommission erscheinen ausreichende Effizienzgewinne als Folge des Zusammenschlusses außerdem als unwahrscheinlich angesichts der Tatsache, dass der geplante Zusammenschluss auf mindestens zwei Strecken ein Monopol begründen und auf einer weiteren Strecke den engsten Wettbewerber eliminieren würde, viele der geltend gemachten Einsparungen Fixkosten betreffen und der Anmelder die Verbraucherbeteiligung nicht belegt hat. In den vertikalen Fällen Nokia/Navteq[35] und TomTom/Tele Atlas[36] bejahte die Europäische Kommission das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen des Effizienzeinwands. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Wettbewerbsbehörde in beiden Fällen auf mögliche Effizienzgewinne der Zusammenschlussvorhaben eingeht, obwohl sie zuvor bereits die Fähigkeit und/ oder Anreize zur Marktabschottung und somit wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen verneint hatte. Ähnlich lag der Horizontalfall Korsnäs/Assidomän Cartonboard[37], in dem die Europäische Kommission das Vorliegen der Voraussetzungen der Effizienzeinrede für wahrscheinlich hielt, aber auch unabhängig hiervon zu dem Schluss gelangte, dass der Zusammenschluss keine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs nach sich ziehen werde. Mithin wurden auch in diesen Fällen die Ergebnisse der Wettbewerbsanalyse nicht aufgrund der geltend gemachten Effizienzen revidiert.

40. Der Tatsache, dass die Effizienzverteidigung auf europäischer Ebene kaum praktische Relevanz erlangt hat,[38] steht der Umstand gegenüber, dass allein die Möglichkeit einer einzelfallbezogenen Beachtung von Effizienzgewinnen Kosten verursacht. Die Möglichkeit, Effizienzvorteile darzulegen, wird für die zusammenschlussbeteiligten Unternehmen teilweise einen Anreiz schaffen, die Existenz solcher Vorteile gegenüber der Wettbewerbsbehörde zu behaupten. Daraus resultieren sowohl aufseiten der beteiligten Unternehmen als auch bei der Wettbewerbsbehörde und gegebenenfalls bei Dritten hohe Kosten. Die Zusammenschlussparteien müssen interne Daten

[26] Vgl. für die Analyse der Entscheidungspraxis Schwalbe, U./Zimmer, D., a.a.O., S. 447-450.
[27] EU-Kommission, Entscheidung vom 4. August 2008, M.4874.
[28] EU-Kommission, Entscheidung vom 28. August 2009, M.5440.
[29] EU-Kommission, Entscheidung vom 4. Juni 2008, M.4513.
[30] EU-Kommission, Entscheidung vom 4. Juli 2006, M.4000.
[31] EU-Kommission, Entscheidung vom 9. Januar 2009, M.5153.
[32] EU-Kommission, Entscheidung vom 11. Oktober 2007, M.4439.
[33] EU-Kommission, Entscheidung vom 26. April 2006, M.3916.
[34] EU-Kommission, Entscheidung vom 22. Juni 2009, M.5335.
[35] EU-Kommission, Entscheidung vom 2. Juli 2008, M.4942.
[36] EU-Kommission, Entscheidung vom 14. Mai 2008, M.4854.
[37] EU-Kommission, Entscheidung vom 12. Mai 2006, M.4057.
[38] Vgl. Röller, L.-H., Efficiencies in EU Merger Control: Do They Matter? in: Ramser, H.J./Stadler, M. (Hrsg.), Marktmacht, Tübingen 2010, S. 185-195.

und sonstige Unternehmensinformationen, die das Vorliegen von Effizienzen stützen, sammeln und auswerten sowie durch entsprechende Erläuterungen und verbale Argumente ergänzen. Diese Tätigkeiten erfordern einen gewissen personellen Aufwand. Hinzu kommen möglicherweise finanzielle Aufwendungen für die Erstellung externer technischer und ökonomischer Gutachten. Derartige Studien von externen Sachverständigen können z. B. Art und Umfang der Effizienzen, ihren Zusammenhang zu dem geprüften Zusammenschluss und ihre Weitergabe an die Konsumenten zum Inhalt haben.

Aufseiten der Wettbewerbsbehörde werden personelle Ressourcen durch die Einschätzung der vorgetragenen Effizienzen gebunden. Die vorgelegten Daten müssen geprüft, interne und externe Studien nachvollzogen werden. Möglicherweise ist die Erstellung weiterer externer Gutachten im Auftrag der Wettbewerbsbehörde geboten. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass an sich vermeidbare Kosten anfallen. Das belegen Fälle der europäischen Fusionskontrolle, in denen die Europäische Kommission selbst dann Effizienzgesichtspunkten nachging, wenn sie zuvor das Vorliegen einer Wettbewerbsbeeinträchtigung verneint hatte.[39] Letztlich kann die Betrachtung von Effizienzvorteilen im Einzelfall die Erhebung von Daten verlangen, die bislang nicht erhoben werden mussten, sowie deren eingehende Analyse. Damit können die Auswahl der Daten sowie das Verfahren der Datenerhebung und -auswertung zum Gegenstand rechtlicher Auseinandersetzungen werden. In Deutschland ist insbesondere deshalb mit Rechtsstreitigkeiten in Bezug auf zugelassene oder verworfene Effizienzargumente zu rechnen, weil hier ein neues Instrument in die nationale Fusionskontrolle eingeführt werden würde. Auch Klagen Dritter können sich zusätzlich auf eine vermeintlich fehlerhafte Behandlung von Effizienzgesichtspunkten stützen. Dadurch entstehen weitere Kosten durch Gerichtsverfahren, die entweder die Zusammenschlussparteien, dritte Unternehmen oder die öffentliche Hand zu tragen haben.

Zwar sind die dargestellten personellen und finanziellen Aufwendungen im Vergleich zu der wirtschaftlichen Bedeutung des jeweiligen Zusammenschlusses möglicherweise vernachlässigbar. Für die Entscheidung darüber, ob ein ausdrücklicher Effizienzeinwand als gesetzlicher Tatbestand eingeführt werden soll, ist jedoch auf die Kosten für die Zusammenschlusskontrolle insgesamt abzustellen. Hierbei ist unter anderem von Bedeutung, dass auf europäischer Ebene in den Jahren 2006 und 2007 zwar nur in vier von 20 Phase-II-Fällen ein ausdrücklicher Effizienzeinwand erhoben worden ist, die Anzahl der entsprechenden Fälle aber schon 2008 und 2009 auf insgesamt sieben von 17 Phase-II-Fällen gestiegen ist.

41. Neben den personellen und finanziellen Aufwendungen entsteht durch einen einzelfallbezogenen Effizienzeinwand auch ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit für die betroffenen Unternehmen. Sie können nicht von Anfang an erkennen, ob und wie die vorgebrachten Effizienzgewinne von der Wettbewerbsbehörde eingeschätzt werden und ob die Fusion trotz wettbewerblicher Bedenken genehmigt werden wird. Schließlich ist mit der Möglichkeit einer Einzelfallbetrachtung von Effizienzen stets die Gefahr einer industriepolitischen Einflussnahme auf behördliche Entscheidungen verbunden.

42. Die vorangegangenen Ausführungen zeigen, dass der zusätzliche Nutzen einer Effizienzverteidigung im deutschen Fusionskontrollregime eher zweifelhaft erscheint. Die Wahrscheinlichkeit, dass mit Einführung einer einzelfallbezogenen Berücksichtigung von Effizienzgewinnen die Anzahl der Fehlentscheidungen seitens des Bundeskartellamtes verringert wird, ist als zu gering anzusehen, um die entstehenden Kosten zu rechtfertigen. Diesem Ergebnis kann auch nicht der Einwand entgegen gehalten werden, die bislang geringe Erfolgsquote der Effizienzverteidigung auf EU-Ebene ergebe sich aus den strengen Voraussetzungen des europäischen Fusionskontrollrechts selbst, die deshalb geändert werden müssten. Derartige Forderungen zielen insbesondere auf zwei Aspekte: die Bedingung, dass Vorteile an die Verbraucher weitergegeben werden müssen, und die Umkehr der Beweislast zulasten der Zusammenschlussparteien. Eine Erleichterung dieser Anforderungen zugunsten der Zusammenschlussparteien sollte allerdings nach Auffassung der Monopolkommission nicht erwogen werden, vielmehr ist ein strenger Maßstab aufrechtzuerhalten. Für die gegenwärtige Ausgestaltung sprechen die bestehenden Asymmetrien bei der Informationsverteilung[40] und die Möglichkeit, den eigenen Interessen bei der Wettbewerbsbehörde Gehör zu verschaffen.[41]

43. Informationen und Daten, aus denen Effizienzen hergeleitet werden können, befinden sich in aller Regel nur in der Sphäre der zusammenschlussbeteiligten Unternehmen. Diese Informationsasymmetrie zugunsten der Zusammenschlussparteien kann sich in mehrfacher Hinsicht zulasten der zuständigen Wettbewerbsbehörde, dritter Unternehmen und Verbraucher auswirken. Zum einen besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass mehr Effizienzen genannt werden, als tatsächlich entstehen, und ihr jeweiliger Umfang übertrieben dargestellt wird. Häufig beurteilt die Unternehmensführung selbst die Auswirkungen eines geplanten Zusammenschlusses zu optimistisch. Ein Beleg dafür ist der Umstand, dass in der Vergangenheit viele Zusammenschlüsse, die vorgeblich zu erheblichen Synergieeffekten führen sollten, diese Erwartungen nicht erfüllten oder sogar scheiterten.[42] Zum anderen werden die betroffenen Unternehmen einen Anreiz haben, solche Informationen, die gegen das Erreichen von Effizienzen sprechen, gegenüber der Wettbewerbsbehörde

[39] EU-Kommission, Entscheidungen vom 12. Mai 2006, M.4057, vom 2. Juli 2008, M.4942, und vom 14. Mai 2008, M.4854.

[40] Vgl. Lagerlöf, J./Heidhues, P., Fusionskontrolle und Anreize zum Lobbying, Wirtschaftsdienst 83 (2), 2003, S. 121-124.

[41] Vgl. Neven, D. J./Röller, L.-H., Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control, International Journal of Industrial Organization 23 (9/10), 2005, S. 829-848.

[42] Vgl. Röller, L.-H./Stennek, J./Verboven, F., Efficiency Gains from Mergers, in: Ilzkovitz, F./Meiklejohn, R. (Hrsg.): European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defense? Cheltenham 2006, S. 84-201.

eher zu verschweigen oder zu verharmlosen. Darüber hinaus hält die Europäische Kommission vor allem interne Unterlagen, die von der Unternehmensführung herangezogen wurden, um über den beabsichtigten Zusammenschluss zu entscheiden, für geeignete Belege.[43] Da die betroffenen Unternehmen sich zwischenzeitlich auf diese Anforderung eingestellt haben dürften, besteht die Gefahr, dass derartige Dokumente gerade im Hinblick auf ein künftiges Fusionskontrollverfahren angefertigt werden. Zu der Informationsasymmetrie kommt hinzu, dass Unternehmen(-sverbände) häufig einen besseren Zugang zu den zuständigen Entscheidungsträgern und somit mehr Einflussmöglichkeiten haben als die jeweilige Gruppe von Konsumenten, die durch einen bestimmten Zusammenschluss schlechter gestellt wird.

3.3 Zusammenschlusstatbestand

44. Laut Referentenentwurf werden die Zusammenschlusstatbestände des § 37 GWB beibehalten, auch soweit sie von der europäischen Rechtslage abweichen. Mit der Erfassung von Minderheitsbeteiligungen und dem Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses gehe die deutsche Fusionskontrolle zwar über die Reichweite der europäischen Fusionskontrolle hinaus, die einen Kontrollerwerb voraussetzt. Der Bedarf für die weiterreichende deutsche Regelung habe sich jedoch in langjähriger Rechtsanwendungspraxis, insbesondere in der Energieversorgung, gezeigt. Hier habe den Expansionsstrategien der führenden Energieversorgungsunternehmen in vielen Fällen wirksam Grenzen gesetzt werden können.

45. Die Monopolkommission spricht sich ebenfalls für die Beibehaltung der spezifisch deutschen Zusammenschlusstatbestände des § 37 Absatz 1 Nummern 1, 3 und 4 GWB aus. Zwischen dem aus dem europäischen Recht übernommenen Zusammenschlusstatbestand des Kontrollerwerbs (§ 37 Absatz 1 Nummer 2 GWB) und den Tatbeständen des Vermögens- und Anteilserwerbs (§ 37 Absatz 1 Nummer 1 und 3 GWB) bestehen zwar vielfältige Überschneidungen, z. B. bei einer Fusion oder Verschmelzung, dem gesamten oder überwiegenden Vermögenserwerb sowie dem Mehrheitserwerb am stimmberechtigten Kapital. Allerdings erfordert der Kontrollerwerb auch in wettbewerblich unproblematischen Fällen häufig eine aufwendige und komplexe Prüfung. Die Zusammenschlusstatbestände des Vermögens- und Anteilserwerbs sind hingegen regelmäßig einfacher zu handhaben als der parallel relevante Kontrollerwerb und erweisen sich daher – auch angesichts der Vielzahl der vom Bundeskartellamt zu prüfenden Fälle – als besser geeignet. Auf die Zusammenschlusstatbestände des § 37 Absatz 1 Nummer 1 und 3 lit. a GWB sollte deshalb nicht verzichtet werden.

46. Abweichungen zwischen der Reichweite des europäischen Zusammenschlusstatbestands und des deutschen Rechts betreffen im Wesentlichen die Behandlung von Minderheitsbeteiligungen. Die Europäische Kommission prüft zwar auch Minderheitsbeteiligungen auf der Grundlage fusionskontrollrechtlicher Vorschriften, beschränkt sich hierbei aber im Wesentlichen auf zwei Konstellationen – den Erwerb der sicheren Hauptversammlungsmehrheit bei unvollständiger Hauptversammlungspräsenz und den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch mehrere Unternehmen. Die Fusionskontrollverordnung erfasst hingegen nicht Fälle des reinen Kapitalerwerbs ohne Stimmrechte sowie Minderheitsbeteiligungen, die bloße Sperrrechte zum Schutz von Minderheitsaktionären vermitteln. Der Fusionskontrollverordnung unterliegen ferner keine Minderheitsbeteiligungen, bei denen eine Koordinierung der Kontrollausübung durch mehrere Unternehmen nicht möglich ist, etwa weil wechselnde Mehrheiten zustande kommen können oder ein anderes Unternehmen die alleinige Kontrolle ausübt. Unbestritten ist jedoch, dass auch diese Formen von Minderheitsbeteiligungen zu Wettbewerbsbehinderungen führen können. Dies zeigen insbesondere die deutschen Erfahrungen mit vertikalen Verflechtungen im Energiebereich. Daher ist es sinnvoll, die Zusammenschlusstatbestände des § 37 Absatz 1 Nummer 3 lit. b und Nummer 4 GWB beizubehalten. Das Kriterium des Anteilserwerbs in Höhe von 25 Prozent weist aufgrund seiner quantitativen Ausgestaltung ein hohes Maß an Praktikabilität auf, der wettbewerblich erhebliche Einfluss trägt dazu bei, Umgehungsstrategien der Unternehmensseite zu verhindern. Darüber hinaus ist anzumerken, dass auf europäischer Ebene derzeit darüber nachgedacht wird, den Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung im Hinblick auf Minderheitsbeteiligungen auszudehnen.[44] Der Wettbewerbskommissar hält insofern eine Anwendungslücke („enforcement gap“) der europäischen Fusionskontrollregeln für wahrscheinlich. Es erscheint auch vor diesem Hintergrund nicht angebracht, nationale Zusammenschlusstatbestände, die Minderheitsbeteiligungen erfassen, aufzugeben.

3.4 Marktbeherrschungsvermutungen

47. Anders als das europäische Recht enthält das GWB Vermutungstatbestände für die Einzelmarktbeherrschung und die oligopolistische Marktbeherrschung, § 19 Absatz 3 GWB. Nach Auffassung des BMWi erleichtern die gesetzlichen Marktbeherrschungsvermutungen die Praxis der Fusionskontrolle und sollen deshalb beibehalten werden. Reformbedarf bestehe allerdings bei der Marktanteilsschwelle für die Einzelmarktbeherrschungsvermutung, da sie nicht mehr der ökonomischen Realität entspreche. Die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes habe sich in diesem Punkt fortentwickelt, sodass nunmehr eine Marktanteilsschwelle in Höhe von 40 Prozent als angemessen angesehen wird.

---

[43] Vgl. Horizontal-Leitlinien, ABl. EU Nr. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5, S. 14, Rn. 88.

[44] Vgl. Almuñia, Rede vom 10. März 2011, Speech/11/166, S. 6, http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/166&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en

48. Die Monopolkommission spricht sich – wie das BMWi – für eine Beibehaltung der nationalen Vermutungsregeln aus. Diese behalten auch beim Übergang vom Marktbeherrschungstest zum SIEC-Test ihre wettbewerbspolitische Berechtigung.

49. Grundsätzlich könnte die Frage aufgeworfen werden, ob die Vermutungstatbestände, die in engem konzeptionellen Zusammenhang mit dem Marktbeherrschungstest stehen, nach dessen Ablösung durch den SIEC-Test überhaupt noch in die Systematik des GWB passen. Zweifel daran könnten sich insbesondere aus dem Umstand ergeben, dass die Übernahme des SIEC-Tests jedenfalls auch mit den Defiziten des Marktbeherrschungstests in Bezug auf Marktdefinition und Marktanteilsberechnung begründet wird. Ein wesentlicher Vorteil des SIEC-Kriteriums wird gerade in der Möglichkeit gesehen, Wettbewerbsbeeinträchtigungen direkt – unter Verzicht auf eine Marktabgrenzung und Marktanteilsberechnung – zu beurteilen. Letztere jedoch stellen notwendige Voraussetzungen für die Berufung auf die Vermutungstatbestände dar. Unabhängig von der geplanten Übernahme des SIEC-Tests besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die wettbewerbliche Analyse sich nicht auf die Marktanteile der Zusammenschlussparteien konzentrieren, sondern eine Gesamtbetrachtung von Markt- und Unternehmenscharakteristika umfassen sollte. Je geringere Aussagekraft indes der Marktdefinition und den Marktanteilen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zukommt, desto weniger könnten sich Vermutungsregeln, die auf Marktanteilen basieren, wettbewerbspolitisch rechtfertigen lassen.

50. Nach Auffassung der Monopolkommission ist insoweit eine differenzierte Betrachtung erforderlich. Sofern das Bundeskartellamt künftig die Auswirkungen von Zusammenschlüssen direkt erfasst und dabei vollständig auf eine Marktdefinition und Marktanteilsberechnung verzichtet, ist eine Berufung auf Marktanteilsschwellen notwendigerweise ausgeschlossen. Wird die quantitative Analyse der Wettbewerbswirkungen jedoch durch qualitative Überlegungen der Wettbewerbsbehörde, die Marktabgrenzung und Marktanteilshöhen einbeziehen, ergänzt, steht auch in Zukunft einer Bezugnahme auf die Vermutungstatbestände prinzipiell nichts entgegen. Vor allem verlieren die – widerlegbaren – Vermutungen bei Beachtung der aufgezeigten Probleme von Marktdefinition und Marktanteilsermittlung nicht ihre prinzipielle Aussagekraft.

51. Darüber hinaus zeigt die Fusionskontrollpraxis auf europäischer Ebene, dass nur in sehr wenigen Fällen Daten für die direkte Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben in ausreichender Menge und Qualität verfügbar sind. Die Europäische Kommission unterzieht daher die weit überwiegende Zahl der angemeldeten Transaktionen nach wie vor einer qualitativen Analyse, die eine Marktabgrenzung und Marktanteilsschätzung umfasst. Es ist davon auszugehen, dass auch das Bundeskartellamt – jedenfalls mittelfristig – weiterhin vorwiegend einen traditionellen Beurteilungsansatz verfolgen wird, bei dem zunächst die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte definiert, Marktmerkmale erörtert sowie Marktanteile der Zusammenschlussparteien und ihrer Konkurrenten berechnet werden. In diesen Fällen bleibt eine zusätzliche Argumentation mit den Vermutungstatbeständen ohne Weiteres systemkonform.

52. Zutreffend ist, dass sowohl in der jüngeren Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission als auch des Bundeskartellamtes die hervorgehobene Bedeutung von Marktanteilen abgenommen hat. Im Rahmen der angestrebten Gesamtbetrachtung werden Marktanteile nunmehr in Einzelfällen stark relativiert, während andere Aspekte – z. B. das Substitutionsverhältnis der Zusammenschlussparteien – stärkere Beachtung finden. Allerdings bleibt mit Blick auf die europäische Praxis die Marktanteilsverteilung zwischen den Zusammenschlussbeteiligten und ihren Konkurrenten auch unter dem SIEC-Test ein wichtiges Kriterium, das vielfach den Ausgangspunkt für weitere Ermittlungen und Ausführungen bildet. In diesem Sinne bieten auch die nationalen Vermutungstatbestände einen Anhaltspunkt dafür, ob vertiefte Ermittlungen der Wettbewerbsbehörde angebracht sind. Schon derzeit stützt das Bundeskartellamt wettbewerbliche Bedenken nicht ausschließlich auf das Erreichen der Vermutungsschwellen, sondern führt stets zusätzliche Argumente an. Ein solches Vorgehen wird auch in Zukunft durch den im GWB geltenden Amtsermittlungsgrundsatz gewährleistet.

53. Darüber hinaus haben die Marktbeherrschungsvermutungen nach den Erfahrungen des Bundeskartellamtes eine gewisse Signalwirkung und tragen dazu bei, dass die Zusammenschlussparteien alle entscheidungserheblichen Informationen vollständig und rechtzeitig übermitteln.[45] Die vollständige und zügige Vorlage sämtlicher notwendiger Informationen ist unerlässlich, damit die Wettbewerbsbehörde innerhalb der kurzen Fristen der Fusionskontrolle sachgerechte Entscheidungen treffen kann. Die Zusammenschlussparteien werden insoweit auch nicht schlechter gestellt als auf europäischer Ebene, wo sie weitergehenden Pflichten im Rahmen der Anmeldung unterliegen. Ferner können die Vermutungsregelungen dazu beitragen, die Vorhersehbarkeit der Einzelfallentscheidung zu verbessern und die Rechtssicherheit für die Unternehmen zu erhöhen. Außerdem geht von den Vermutungstatbeständen eine nicht unerhebliche Vorfeldwirkung aus. Daneben erlangen die Vermutungstatbestände im Rechtsmittelverfahren besondere Bedeutung. Sie ermöglichen dem Gericht, die Kontrolle von komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten, wie sie Zusammenschlussvorhaben darstellen, zu fokussieren und praktikabel zu halten. Durch das Bestehen von Verfahrenserleichterungen und Beweisverlagerungen kann die Effizienz der Fusionskontrolle insgesamt erhöht werden. Insofern haben die Vermutungsschwellen eine ähnliche Wirkungsweise wie der vom Europäischen Gerichtshof anerkannte Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission in Wettbewerbsfällen.

[45] Vgl. BKartA, Stellungnahme zum Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle, 30. November 2011, S. 3.

54. Die geplante Anhebung der Einzelmarktbeherrschungsvermutung von einem Drittel auf 40 Prozent hält die Monopolkommission angesichts einer gewissen Willkürlichkeit, die jeder zahlenmäßigen Abgrenzung zukommt, für wettbewerbspolitisch vertretbar. So legte der Regierungsentwurf zur 2. GWB-Novelle, mit der die Vermutungstatbestände in das nationale Recht eingeführt wurden, ursprünglich eine Marktanteilsschwelle für die Einzelmarktbeherrschungsvermutung in Höhe von mindestens 40 Prozent fest, wohingegen der Wirtschaftsausschuss die Schwelle bei einem Drittel der Marktanteile ansetzte.[46] Beide Positionen wurden damit begründet, dass bereits bei der jeweils vertretenen Marktanteilshöhe mit hoher Wahrscheinlichkeit die Annahme von Marktbeherrschung gerechtfertigt sei. Die nun geplante, maßvolle Erhöhung der Vermutungsschwelle für die Einzelmarktbeherrschung erscheint auch mit Blick auf die europäische Ebene hinnehmbar. Die FKVO enthält keine Vermutung, dass ein bestimmter Marktanteil zu einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung führt. Allerdings können nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte sehr hohe Marktanteile von 50 Prozent oder mehr für sich allein ein Nachweis für das Vorhandensein einer beherrschenden Marktstellung sein.[47]

3.5 Bagatellmarktklausel

55. Mit dem Referentenentwurf soll die Bagatellmarktklausel – wie vor der 6. GWB-Novelle – der materiellen Fusionskontrolle zugeordnet und ihre Rechtsfolge auf den Wegfall der materiellen Untersagungsmöglichkeit des Zusammenschlusses, soweit der Bagatellmarkt betroffen ist, beschränkt werden, § 36 Absatz 1 Satz 2 RefE. Zur Begründung führt das BMWi an, dass die Voraussetzungen der Anmeldepflicht eindeutig und ohne größeren Ermittlungsaufwand anhand quantitativer Kriterien feststellbar sein sollten. Dies sei bei der für die relevante Vorschrift erforderlichen Marktabgrenzung und der Ermittlung des Marktvolumens häufig nicht der Fall. Vielmehr seien in der Praxis oft beträchtliche Auslegungsprobleme aufgetreten, die in den letzten Jahren auch die Gerichte beschäftigt hätten. Das Risiko einer Fehleinschätzung hätten dabei im Hinblick auf die Anmeldepflicht die Unternehmen getragen.

56. Eine sachgerechte Bewertung möglicher Änderungen der Bagatellmarktklausel erfordert es zunächst, das Konzept der Vorschrift darzulegen. Während grundsätzlich alle Zusammenschlussvorhaben kontrollpflichtig sind, bei denen die beteiligten Unternehmen die Umsatzwerte des § 35 Absatz 1 GWB erreichen, stellt die Bagatellmarktklausel eine Ausnahmeregelung von dieser Kontrollpflicht dar. In ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung (§ 35 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB) nimmt sie Zusammenschlussvorhaben, die nur einen gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Markt betreffen, sowohl von der Anmeldepflicht und dem Vollzugsverbot als auch von der materiellen Fusionskontrolle aus. Eine vergleichbare Ausnahmeregelung findet sich auf europäischer Ebene nicht.

57. Unter Effizienzerwägungen lässt sich die Bagatellmarktklausel als ein volkswirtschaftlicher Kosten-Nutzen-Vergleich darstellen: Jedes Fusionskontrollverfahren verursacht Kosten aufseiten der Parteien und der zuständigen Wettbewerbsbehörde sowie gegebenenfalls auch bei Dritten. Die Zusammenschlussbeteiligten müssen unter anderem ihr Vorhaben beim Bundeskartellamt anmelden, die hierfür notwendigen Informationen sammeln und aufbereiten sowie erforderlichenfalls Anwälte einschalten. Im Laufe des Verfahrens haben sie häufig weitergehende Auskünfte zu erteilen und an Gesprächen mit der Wettbewerbsbehörde und entsprechenden Anhörungen teilzunehmen. Das Bundeskartellamt muss die Eigenschaften und Funktionsweise der relevanten Märkte ermitteln, die Position der Parteien und ihrer Wettbewerber sowie die Stellung von Abnehmern und Lieferanten einschätzen. Ferner obliegt es ihm gegebenenfalls, eine verfahrensabschließende Entscheidung zu treffen und zu begründen. Hinzu kommen die Kosten, die bei Dritten, z. B. Wettbewerbern oder anderen Marktteilnehmern, entstehen. Diese müssen gegebenenfalls Auskünfte erteilen und umfangreiche Fragebögen beantworten sowie ihre Einschätzung des Zusammenschlussvorhabens und möglicher Zusagenangebote abgeben.

Diesen Kosten steht grundsätzlich ein Nutzen des Fusionskontrollverfahrens gegenüber, der durch den vermiedenen erwarteten volkswirtschaftlichen Schaden einer möglichen Wettbewerbsbeschränkung quantifiziert werden kann. Zwar können negative Wettbewerbswirkungen durch Zusammenschlüsse auch auf sehr kleinen Märkten eintreten. In diesen Fällen ist der mögliche Schaden aber eher von begrenztem Umfang, der Nutzen des Fusionskontrollverfahrens entsprechend gering. Mit der Bagatellmarktklausel soll ausgeschlossen werden, dass bei Unternehmen, die auf mehreren Märkten tätig sind, ein Zusammenschluss nur deshalb kontrolliert werden muss, weil ein Beteiligter auf einem in der Regel gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Markt möglicherweise eine marktbeherrschende Stellung erlangt oder verstärkt. In solchen Fällen wird das Eingreifen der Fusionskontrolle nicht als zwingend notwendig angesehen. Wirtschaft und Wettbewerbsbehörde werden daher vom Aufwand eines administrativen Verfahrens entlastet.

58. Zur Bewertung, ob die Regelung mit der 8. GWB-Novelle beibehalten werden sollte und ob die im Referentenentwurf vorgeschlagene Änderung effizient ist, sollen zwei zentrale Aspekte untersucht werden. Zum einen ist zu hinterfragen, ob die Regelung sich in die Systematik des SIEC-Tests einfügt. Zum anderen stellt sich die

[46] Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bundestagsdrucksache VI/2520 vom 18. August 1971; Ausschuss für Wirtschaft, Unterrichtung zu dem von den Fraktionen der SPD, FDP eingebrachten Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bundestagsdrucksache 7/765 vom 13. Juni 1973.

[47] Vgl. Horizontal-Leitlinien, ABl. EU Nr. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5, S. 7, Rn. 17; EuG, Urteil vom 28. April 1999, Rs. T-221/95, Endemol/ Kommission, Slg. 1999 II-1299, Rn. 134 ; EuG, Urteil vom 25. März 1999, Rs. T-102/96, Gencor/Kommission, Slg. 1999 II-753, Rn. 205.

Frage, ob die vorgeschlagene Übernahme in die materielle Fusionskontrolle sachgerecht ist und möglicherweise weitere Änderungen bedingt.

59. Wie bereits im Zusammenhang mit den Marktbeherrschungsvermutungen ausgeführt, ist auch bei einem Übergang zum SIEC-Test vorläufig davon auszugehen, dass das Bundeskartellamt in der Mehrzahl der Zusammenschlussfälle dem etablierten Prüfungsansatz folgen wird, der eine Marktabgrenzung einschließt.[48] In diesen Fällen ist es auch künftig unproblematisch, die Bagatellmarktklausel anzuwenden. Weiter wurde dargelegt, dass im Rahmen des SIEC-Tests grundsätzlich eine direkte Beurteilung der Zusammenschlussauswirkungen mithilfe quantitativer Analysen möglich ist, bei der auf eine Marktabgrenzung verzichtet werden kann. In dieser Situation kann die Bagatellmarktklausel jedoch ineffiziente Wirkungen entfalten. Denn es ist damit zu rechnen, dass Zusammenschlussparteien sich auch künftig auf die Bagatellregelung berufen, und zwar unabhängig davon, ob das Bundeskartellamt einen qualitativen oder quantitativen Prüfansatz verfolgt. Dies könnte so weit führen, dass die Wettbewerbsbehörde während oder nach einer rein quantitativen Überprüfung der angemeldeten Transaktion zusätzlich eine Marktdefinition und Umsatzermittlung vornehmen muss. In einem solchen Fall würde aus der Prüfung der Bagatellmarktschwelle keine Kostenersparnis, sondern – im Gegenteil – zusätzlicher Aufwand resultieren. Diese zusätzlichen Kosten wären aus Gründen der Transparenz und Vorhersehbarkeit fusionskontrollrechtlicher Regelungen und Entscheidungen hinzunehmen. Denn die Anwendbarkeit der Bagatellmarktregelung kann nicht vom Ermessen des Bundeskartellamtes bei der Wahl der Prüfungsmethodik abhängig sein.

Die dargestellten möglichen negativen Auswirkungen der Bagatellregelung dürften allerdings kurz- bis mittelfristig begrenzt bleiben, weil ein rein quantitativer Ansatz bei der Fusionskontrolle – jedenfalls nach den Erfahrungen auf europäischer Ebene – bislang die Ausnahme darstellt. Zudem ist davon auszugehen, dass die Zusammenschlussparteien Argumente für das Eingreifen der Bagatellmarktklausel bereits zu Beginn des Fusionskontrollverfahrens vorbringen und bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen weitere Aktivitäten der Wettbewerbsbehörde verzichtbar sind.

60. Im Hinblick auf die Frage, ob eine Übernahme der Bagatellmartklausel in die materielle Fusionskontrolle sachgerecht ist, sind zwei gegenläufige Argumente abzuwägen. Im Rahmen der bisher geltenden Regelung können die Kosten eines Fusionskontrollverfahrens als Teil der formellen Fusionskontrolle in vielen Fällen fast vollständig vermieden werden. Bei einem Zusammenschluss, bei dem ausschließlich ein oder mehrere Bagatellmärkte betroffen sind, ist eine formelle Anmeldung nicht erforderlich, entsprechende Kosten entfallen weitgehend. Das Vorliegen der Voraussetzungen eines Bagatellmarktes wird nach derzeitiger Rechtslage in informellen Gesprächen und aufgrund einer groben Prüfung seitens des Bundeskartellamtes geklärt. Ist das Ergebnis dieser vorläufigen Prüfung positiv, wird auch der Aufwand für die Prüfung, ob die Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung wahrscheinlich ist, vermieden. Allerdings resultieren aus der derzeitigen Verortung der Bagatellmarktklausel in der formellen Fusionskontrolle auch beträchtliche Probleme in Bezug auf die Feststellung der Anmeldepflicht. Die Frage, ob ein Vorhaben angemeldet werden muss, wird durch eine Reihe von mitunter komplexen materiell-rechtlichen Auslegungsfragen in der behördlichen und gerichtlichen Entscheidungspraxis belastet. Beispiele sind die räumliche und sachliche Marktabgrenzung, die Zusammenrechnung ähnlicher Märkte sowie die Berechnung des Marktvolumens.[49]

61. Die geplante Gesetzesänderung – die Verlagerung der Bagatellmarktklausel in die materiellrechtliche Fusionskontrolle – löst diese Probleme weitgehend. Außerdem führt sie zu einer systemgerechten Verortung der Bagatellmarktklausel, weil die Marktabgrenzung, die zur materiellen Beurteilung gehört, nicht mehr bei der Prüfung der Anmeldepflicht erfolgt. Allerdings erhöht sich der erforderliche Verfahrensaufwand durch die beabsichtigte Verlagerung der Bagatellmarktklausel deutlich. Die Zusammenschlussparteien unterliegen grundsätzlich wieder der Anmeldepflicht und haben die dafür erforderlichen Kosten zu tragen. Das Bundeskartellamt kann sich nicht mehr auf eine Prüfung der Marktabgrenzung und Umsatzermittlung im informellen Verfahren beschränken, sondern muss die Voraussetzungen der Bagatellmarktklausel fundiert prüfen. Weitere Marktteilnehmer sind grundsätzlich gemäß § 59 GWB zu entsprechenden Auskünften verpflichtet. Eine Kostenersparnis verbleibt nur insoweit, als bei Feststellung eines Bagatellmarktes die Prüfung einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung bzw. der Entstehung oder Verstärkung einer Marktbeherrschung und der damit verbundene Aufwand entfallen.

62. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass sich aus der Zuordnung der Bagatellmarktklausel zur materiellen Fusionskontrolle Implikationen für die volkswirtschaftlich optimale Höhe des Schwellenwertes der Bagatellmarktklausel ergeben. Tendenziell ist davon auszugehen, dass der erwartete volkswirtschaftliche Schaden einer möglichen Wettbewerbsbeschränkung mit der Größe des betroffenen Marktes stärker zunimmt als die administrativen Kosten eines Fusionskontrollverfahrens. Theoretisch lässt sich dann eine „kritische Marktgröße“ ermitteln, ab der Fusionskontrollverfahren durchgeführt werden sollten, weil der erwartete volkswirtschaftliche Schaden einer möglichen Wettbewerbsbeschränkung die administrativen Kosten eines Fusionskontrollverfahrens im Durchschnitt übersteigt. Der optimale Schwellenwert für die Aufnahme eines materiellen Fusionskontrollverfahrens liegt dann genau dort, wo die „Bürokratiekosten“ eines Fusionskontrollverfahrens gerade so hoch sind wie

[48] Vgl. Tz. 51.

[49] Vgl. Monopolkommission, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Hauptgutachten 2006/2007, Baden-Baden 2008, Tz. 516 ff.; Monopolkommission, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Hauptgutachten 2008/2009, Baden-Baden 2010, Tz. 481 ff.

der langfristig zu erwartende volkswirtschaftliche Schaden einer Wettbewerbsbeschränkung. Steigen nun durch die Verlagerung der Bagatellmarktklausel in den Bereich der materiellen Fusionskontrolle die – im Vergleich zum Status quo – nicht länger vermeidbaren administrativen Kosten der Fusionskontrolle für Bagatellmarktfälle, so fällt die durch die Bagatellmarktklausel resultierende Ersparnis an Bürokratiekosten geringer aus. Die mit der Bagatellmarktklausel verbundenen möglichen administrativen Kosteneinsparungen sinken also tendenziell. Damit verändert sich auch das volkswirtschaftliche Kosten-Nutzen-Verhältnis, die optimale Schwellenhöhe verschiebt sich. Nur wenn der erwartete volkswirtschaftliche Schaden einer Wettbewerbsbeschränkung geringer ist als die vermeidbaren administrativen Kosten eines Fusionskontrollverfahrens, ist der Verzicht auf ein Fusionskontrollverfahren ökonomisch sinnvoll. Sind nun aber die überhaupt möglichen Kosteneinsparungen geringer, so sollten tendenziell nun auch Fälle mit einem geringeren volkswirtschaftlichen Schaden kontrolliert werden, da ökonomisch durch den Verzicht auf eine Kontrolle auch weniger gewonnen werden kann. Es lassen sich ja nur in geringerem Umfang administrative Kosten vermeiden. Dies impliziert, dass über die Höhe des optimalen Schwellenwertes neu nachzudenken wäre. Ob dies nun auch bedeutet, dass eine Absenkung des Schwellenwertes von momentan 15 Mio. Euro pro Jahr ratsam ist, hängt entscheidend von der Einschätzung ab, ob und inwiefern die aktuelle Schwellenhöhe dem theoretischen Optimum entspricht.

63. Die Monopolkommission hält die Verlagerung der Bagatellmarktklausel in die materielle Fusionskontrolle in der Gesamtschau für nicht notwendig, aber vertretbar. Es ist festzustellen, dass die Verlagerung der Bagatellmarktklausel faktisch einer Abschwächung der Ausnahmeregelung bei Bagatellmärkten gleichkommt und die Kontrollkosten damit insgesamt erhöht werden. Für die Verlagerung spricht aus Sicht der Monopolkommission die systemgerechte Verortung der Marktabgrenzung im Rahmen der materiell-rechtlichen Prüfung sowie das Argument, dass die Frage der Anmeldepflicht im Interesse der Zusammenschlussparteien anhand möglichst klarer und einfacher Kriterien zu beantworten sein sollte.

3.6 Nebenbestimmungen

64. Die deutsche Regelung für Nebenbestimmungen zu Freigabeentscheidungen soll durch § 40 Absatz 3 Satz 1 RefE den europäischen Vorschriften partiell angeglichen werden. Laut Begründung zum Referentenentwurf verdeutlicht dies, dass Bedingungen und Auflagen auch in nationalen Fusionskontrollverfahren ausschließlich dazu dienen sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen tatsächlich den von ihnen eingegangenen Verpflichtungen nachkommen. Dabei seien Verhaltenszusagen möglich, wenn sie ebenso geeignet und wirksam sind wie Veräußerungszusagen, um das identifizierte Wettbewerbsproblem zu beseitigen. Zur Akzeptanz von Verhaltenszusagen sei das Bundeskartellamt allerdings nur verpflichtet, wenn es die Durchführung der Zusagen effektiv kontrollieren könne. Aus diesem Grund bleibe es bei der Voraussetzung, dass Bedingungen und Auflagen nicht zu einer laufenden Verhaltenskontrolle führen dürfen.

65. Daneben sieht der Referentenentwurf bei Vorlage von Zusagenangeboten eine automatische Fristverlängerung um einen Monat vor, § 40 Absatz 2 Satz 7 RefE. In der Praxis des Bundeskartellamtes habe sich gezeigt, dass eine Beurteilung von Zusagenvorschlägen der Unternehmen innerhalb der Viermonatsfrist ab Anmeldung in den meisten Fällen unmöglich sei. Die Bewertung von Zusagenvorschlägen erfordere in der Regel eine Marktbefragung, in vielen Fällen würden Nachverhandlungen über den Gegenstand oder die Einzelheiten der Zusagenregelung notwendig. Die Fristverlängerung soll an die erstmalige Vorlage von Zusagenvorschlägen in einem Verfahren anknüpfen, was der europäischen Regelung in Artikel 10 Absatz 1 und 3 FKVO entspreche. Darüber hinaus könne im Einzelfall eine zusätzliche Fristverlängerung wie bisher einvernehmlich vereinbart werden.

66. Gemäß § 40 Absatz 3 Satz 2 GWB dürfen sich Bedingungen und Auflagen nicht darauf richten, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen. Die Monopolkommission begrüßt die Beibehaltung dieser gesetzlichen Vorgabe durch den Referentenentwurf. Auch die Mitteilung der Europäischen Kommission über zulässige Abhilfemaßnahmen geht von einer Zurückweisung von Zusagenangeboten aus, deren Umsetzung nicht wirksam kontrolliert werden kann.[50] Die ausdrückliche Regelung im GWB erreicht dieses Ziel noch effektiver, weil solche Nebenbestimmungen bereits durch die gesetzliche Regelung ausgeschlossen sind.[51]

67. Eine laufende Verhaltenskontrolle verursacht hohe Kosten. Diese Kosten treffen zum einen die neue Unternehmenseinheit selbst, die eine dauerhafte Umsetzung der verhaltensorientieren Zusagen gewährleisten und diesbezügliche Vorkehrungen innerhalb des Unternehmens treffen muss. Ferner ist für die laufende unternehmensinterne Kontrolle einerseits und die regelmäßige Berichterstattung an die Wettbewerbsbehörde oder einen Treuhänder Personal abzustellen. Zum anderen entstehen Kosten bei der Wettbewerbsbehörde, die kontinuierlich sowohl die Entwicklungen auf den relevanten Märkten als auch das Verhalten der neuen Unternehmenseinheit beobachten und bei Zweifeln über die Rechtmäßigkeit von Verhaltensweisen weitergehende Ermittlungen anstellen muss. Bestätigt sich der Verdacht eines Verstoßes gegen Bedingungen und Auflagen, sind Entscheidungen über das weitere Vorgehen der Wettbewerbsbehörde und entsprechende Sanktionen zu treffen. Dies alles bindet personelle Ressourcen, die in anderen Verfahren womöglich effektiver eingesetzt werden können.

68. Die Europäische Kommission bindet zum Teil auch Dritte in Kontrolltätigkeiten ein. Dies betrifft zum einen

---

[50] Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nummer 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nummer 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. EU Nr. C 267 vom 22. Oktober 2008, S. 1, S. 4, Rn. 14.

[51] Vgl. BKartA, Stellungnahme zum Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle, 30. November 2011, S. 6.

Marktteilnehmer, die durch ihre Geschäftsbeziehungen mit der neuen Unternehmenseinheit deren Verhaltensweisen direkt ausgesetzt sind und daher – laut Europäischer Kommission – unmittelbar erkennen können, wenn gegen Bedingungen und Auflagen verstoßen wird. Dem ist entgegenzuhalten, dass für andere Marktteilnehmer ein Verstoß oft nicht mit dem ausreichenden Grad an Sicherheit feststellbar sein wird. Diesbezügliche Zweifel lassen sich mangels Auskunftsrechten Dritter einerseits und Informationspflichten des neuen Unternehmens andererseits in der Regel nicht einfach ausräumen. Außerdem fehlt es zum Teil an Anreizen, ein entsprechendes Fehlverhalten gegenüber der Wettbewerbsbehörde aufzudecken. Davon ist z. B. auszugehen, wenn ein Marktteilnehmer mit Vergeltungsmaßnahmen der neuen Unternehmenseinheit rechnet. An Anreizen kann es ferner mangeln, wenn ein Marktteilnehmer selbst nicht durch das rechtswidrige Verhalten geschädigt wird. Zum anderen sehen Zusagen in der europäischen Fusionskontrollpraxis Schiedsverfahren vor, um Streitigkeiten zwischen den Zusammenschlussparteien und Dritten über die Erfüllung der Zusagen zu schlichten. In der Regel werden die jeweils beteiligten Unternehmen die unmittelbaren Kosten des Schiedsverfahrens tragen müssen. Weitere Kosten entstehen dadurch, dass für die Dauer des Schiedsverfahrens die Umsetzung der auferlegten Bedingungen und Auflagen aufgeschoben ist. Schließlich muss es als problematisch angesehen werden, wenn die Durchsetzung der im Zusammenschlussverfahren abgegebenen Verpflichtungen – ohne staatliche Mitwirkung, insbesondere seitens der zuständigen Wettbewerbsbehörde – ausschließlich Privaten überlassen bleibt.

69. Die geplante Regelung zur Fristverlängerung führt zu einer Annäherung an die europäische Rechtslage. Gemäß Artikel 10 Absatz 3 FKVO verlängert sich die zweite Verfahrensphase bei Vorlage von Zusagen automatisch von 90 auf 105 Arbeitstage. Die Ausdehnung der Verfahrensfrist wird angesichts des erheblichen Ermittlungsaufwands der Europäischen Kommission, insbesondere durch die erforderliche Marktbefragung sowie teilweise notwendiger Nachverhandlungen mit den Zusammenschlussparteien, weithin als angemessen bewertet. Da im Rahmen des nationalen Fusionskontrollverfahrens bei erstmaliger Vorlage von Zusagenangeboten vergleichbare Schritte unternommen werden müssen, erscheint eine Annäherung an die europäischen Vorschriften insoweit sachgerecht.

3.7 Pressefusionskontrolle

70. Der Referentenentwurf enthält neben Änderungen des allgemeinen Fusionskontrollrechts eine Modifizierung der pressespezifischen Zusammenschlussvorschriften. Durch eine Absenkung des Multiplikationsfaktors in der sog. Presserechenklausel (§ 38 Absatz 3 GWB) von 20 auf 8 sollen sich die Aufgreifschwellen bei Zusammenschlüssen von Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen erhöhen. Während derzeit Zusammenschlussvorhaben schon dann der Fusionskontrolle unterliegen, wenn die beteiligten Verlagsunternehmen gemeinsam weltweit Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. Euro erzielen sowie ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 1,25 Mio. Euro und ein anderes von mehr als 250 000 Euro erreicht, sollen künftig nur solche Transaktionen kontrollpflichtig sein, bei denen Umsätze von mehr als 62,5 Mio. Euro sowie mehr als 3,125 Mio. Euro und 625 000 Euro betroffen sind. Als Folge dieser Änderung kann das Bundeskartellamt in Zukunft weniger Zusammenschlüsse zwischen Presseverlagen prüfen. Nach den Plänen des BMWi sollen die erhöhten Aufgreifschwellen allerdings nicht für die Bagatellmarktklausel gelten, § 38 Absatz 3 Satz 2 RefE. Es bleibt außerdem wie bisher dabei, dass die Anschlussklausel des § 35 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 GWB gemäß Satz 2 der Vorschrift auf Zusammenschlüsse im Pressebereich keine Anwendung findet.

71. Als Gründe für die beabsichtigte Modifizierung nennt das BMWi die Anpassung an die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen auf den Pressemärkten, welche wachsendem Wettbewerb durch das Internet und einem geänderten Mediennutzungsverhalten ausgesetzt seien. Die Anhebung der Umsatzschwellen erlaube auch weiterhin eine effektive, den Besonderheiten des Pressebereichs Rechnung tragende Fusionskontrolle. Sie erweitere jedoch angemessen die Spielräume der Verlage zur Stabilisierung ihrer wirtschaftlichen Basis durch Zusammenschlüsse und steigere ihre Wettbewerbsfähigkeit gegenüber anderen Medien. Hierbei soll die Reduzierung des bisherigen Multiplikationsfaktors auf einen Faktor von 8 vor allem kleinen und mittleren Zeitungsverlagen Zusammenschlüsse zur Steigerung ihrer Wettbewerbsfähigkeit erleichtern. Der reduzierte Rechenfaktor soll nicht für die Berechnung der Bagatellmarktschwelle gelten, denn die Reduzierung der Aufgreifschwelle soll nicht den Ankauf kleiner und mittlerer Zeitungsverlage durch Großverlage erleichtern.

72. Angestoßen wurde die geplante Erhöhung der Aufgreifschwellen durch einen gemeinsamen Vorschlag des Bundesverbands Deutscher Zeitungsverleger (BDZV) und des Verbands Deutscher Lokalzeitungen (VDL). Dieser enthielt weitere Forderungen hinsichtlich der Pressefusionskontrolle, denen das BMWi jedoch nicht nachgekommen ist.[52] So sollten bei der Berechnung der für die Fusionskontrolle maßgeblichen Umsatzschwellen lediglich die Anzeigen- und Vertriebserlöse von Zeitungen und Zeitschriften einbezogen werden, Umsätze aus anderen Bereichen wie Briefzustelldienste oder Anzeigenblätter aber unberücksichtigt bleiben. Zudem sollte die Anschlussklausel auch im Pressewesen anwendbar sein. Darüber hinaus wurde gefordert, eine Sanierungsfusion im Pressewesen nicht erst dann anzunehmen, wenn mit dem Marktaustritt eines der beteiligten Verlagsunternehmens zu rechnen sei, sondern bereits dann, wenn nachweislich auf Dauer negative Betriebsergebnisse zu erwarten seien. Schließlich sollte für die Annahme potenziellen Wettbewerbs nicht die rein theoretische Möglichkeit von Wettbewerbsaktivitäten, sondern erst das Vorliegen konkreter Tatsachen ausreichen.

[52] BDZV, Zeitungsverleger erwarten Novellierung der Pressefusionskontrolle, 11. Oktober 2011, http://www.bdzv.de/pressemitteilungen+M5f958cb5174.html

73. Die Rechenklausel für Presseerzeugnisse (Mulitplikationsfaktor 20) wurde mit der 3. GWB-Novelle in das nationale Recht eingeführt. Begründet wurde die Gesetzesänderung damit, dass es im Pressewesen besonders auf die Vielfalt des Angebots auch im regionalen und lokalen Bereich ankomme. Da das Pressewesen überwiegend von mittleren und kleinen Unternehmen getragen werde, reiche eine auf Großzusammenschlüsse zugeschnittene Fusionskontrolle nicht aus.[53]

Zuletzt hat der Gesetzgeber Pläne zur Änderung oder Einführung pressespezifischer Regelungen im Rahmen der 7. GWB-Novelle verfolgt. Der damalige Regierungsentwurf schlug vor, den Multiplikationsfaktor bei der Umsatzberechnung von 20 auf 10 zu senken und die Anschlussklausel in einer Höhe von 2 Mio. Euro in den Pressebereich einzuführen. Zudem sollte ein pressespezifischer Ausnahmetatbestand zum Untersagungskriterium im GWB verankert werden.[54] In ihrer Stellungnahme zu diesen Änderungsvorschlägen hat sich die Monopolkommission deutlich gegen eine pressespezifische Ausnahme zum Untersagungskriterium ausgesprochen. Die beabsichtigte Änderung der Rechenklausel in Verbindung mit der Einführung der Anschlussklausel in der erwähnten Höhe bewertete sie als noch hinnehmbar.[55]

74. Wie die Monopolkommission schon in dem erwähnten Sondergutachten ausgeführt hat, sollte die Festlegung der Aufgreifkriterien für die Fusionskontrolle das Ergebnis eines pragmatischen Kosten-Nutzen-Vergleichs sein, der einerseits die möglichen wettbewerblichen Nachteile von Zusammenschlüssen und andererseits den mit der Fusionskontrolle verbundenen Aufwand für Staat und Unternehmen berücksichtigt. Die Monopolkommission bekräftigt ihre Auffassung, dass besonders weite Aufgreifkriterien im Pressebereich sowohl durch wettbewerbliche als auch durch gesellschaftspolitische Gründe gerechtfertigt werden können. Bei Anwendung der allgemeinen Aufgreifschwellen im Zeitungsbereich wäre die überwiegende Zahl der Zeitungsmärkte aufgrund ihrer räumlich kleinteiligen Struktur von der Fusionskontrolle ausgenommen. Auf diese Weise würden wirtschaftliche Verhaltensspielräume in wesentlichen Teilen der Zeitungsbranche geduldet. Außerdem bestünde die Gefahr, dass der potenzielle und aktuelle Wettbewerb zwischen Zeitungen auf benachbarten Märkten abgeschwächt oder ausgeschaltet werden würde. Darüber hinaus trägt die Fusionskontrolle im Pressebereich zum Erhalt einer Vielzahl von wirtschaftlich und publizistisch selbstständigen Einheiten bei. Für die gesellschaftliche und politische Willensbildung ist von Bedeutung, dass dadurch eine Vielzahl von Möglichkeiten zur öffentlichen Meinungsäußerung eröffnet wird.

[53] Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bundestagsdrucksache 7/2954 vom 11. Dezember 1974.

[54] Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bundestagsdrucksache 15/3640 vom 12. August 2004.

[55] Vgl. Monopolkommission, Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten 42, Baden-Baden 2004, Tz. 73.

75. Die nunmehr geplante Änderung der Aufgreifkriterien geht einerseits über die Forderungen im Rahmen der 7. GWB-Novelle hinaus, andererseits bleibt sie dahinter zurück. Während der Multiplikationsfaktor für die Umsatzberechnung nach § 35 Absatz 1 GWB noch weiter – nämlich auf den Faktor 8 – gesenkt werden soll, soll die Absenkung nicht für die Umsatzberechnung im Rahmen der Bagatellmarktklausel gelten. Außerdem bleibt es bei der Unanwendbarkeit der Anschlussklausel.[56] Insbesondere die beiden letzten Aspekte sind positiv zu bewerten. Dadurch, dass die Anschlussklausel weiterhin keine Anwendung bei pressespezifischen Zusammenschlüssen findet, ist auch künftig gewährleistet, dass die Übernahme kleiner Verlage durch Großverlage grundsätzlich kontrollpflichtig bleibt. Mit der Beibehaltung des Multiplikationsfaktors 20 im Hinblick auf die Bagatellmarktklausel wird sichergestellt, dass sich die Zahl der Märkte, die von der Fusionskontrolle ausgenommen sind, nicht erhöht. Die Monopolkommission bewertet die Gesamtheit der Änderungsvorschläge als wettbewerbspolitisch noch vertretbar. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund zu sehen, dass jede quantitative Abgrenzung durch eine gewisse Willkürlichkeit charakterisiert ist und letztlich einen politischen Gestaltungsakt darstellt.

76. Ausdrücklich positiv beurteilt die Monopolkommission die Absage des Referentenentwurfs an die weitergehenden Forderungen von BDZV und VDL. Sie spricht sich insbesondere gegen die Anwendbarkeit der Anschlussklausel im Pressewesen aus. Damit würden weniger die Optionen kleiner Verlage verbessert, sich untereinander zusammenzuschließen, als vielmehr für die großen Verlage Möglichkeiten eröffnet, eine Bildung von flächendeckenden Zeitungsketten voranzutreiben. Es ist auch kein Grund ersichtlich, pressespezifische Regelungen im Hinblick auf die Marktabgrenzung oder die Voraussetzungen von potenziellem Wettbewerb und Sanierungsfusionen zu treffen. Bezüglich der Marktabgrenzung ist festzustellen, dass das Bundeskartellamt schon heute in seiner Amtspraxis insbesondere den Wettbewerbsdruck durch das Internet berücksichtigt. Es ist davon auszugehen, dass das Amt und die Kartellgerichte auch künftige Entwicklungen, etwa das weitere Zusammenwachsen sachlich verwandter Märkte, in ihre Beurteilung einbeziehen werden. Der Aspekt des potenziellen Wettbewerbs in einem Verbreitungsgebiet betrifft die fusionskontrollrechtlich relevante Frage, wie wahrscheinlich es ist, dass ein konkurrierender Verlag – vor einem geplanten Zusammenschluss – ebenfalls versuchen könnte, dort Leser zu gewinnen. Hier sollte ebenso wie bei der kartellrechtlichen Problematik der Sanierungsfusion auf die allgemeinen Kriterien abgestellt werden, die vom Bundeskartellamt und der Rechtsprechung entwickelt worden sind.

[56] Nach Schätzungen des Bundeskartellamtes unterliegen künftig ca. 20 Prozent der bislang anmeldepflichtigen Zusammenschlüsse nicht mehr der Fusionskontrolle. Diese Zahl würde sich bei Absenkung des Multiplikationsfaktors für die Bagatellmarktklausel nochmals deutlich erhöhen. Vgl. BKartA, Stellungnahme zum Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle, 30. November 2011, S. 7.

4 Missbrauchsaufsicht

4.1 Neufassung der Regelungen zur allgemeinen Missbrauchsaufsicht

77. In den §§ 18 bis 20 RefE werden die bisherigen Regelungen der Missbrauchsaufsicht neu gefasst, ohne dass damit eine Änderung ihres materiellen Gehalts verbunden ist. Die Vorschriften sollen dadurch systematisch einfacher, anwendungsfreundlicher und verständlicher gestaltet werden.

78. Die Monopolkommission begrüßt die Vorschläge im Referentenentwurf. Die Systematik und Anwendungsfreundlichkeit des Regelungskomplexes werden durch die Neufassung wesentlich verbessert. Die Vorschriften sind leichter lesbar und verständlicher.

4.2 Allgemeine Missbrauchsaufsicht gemäß § 20 GWB

4.2.1 Auffordern oder Veranlassen zur Gewährung von Vorteilen – § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB

79. Mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels wurde – befristet bis zum 31. Dezember 2012 – der Schutzbereichs des § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB auf große Unternehmen ausgedehnt.[57] Der Referentenentwurf schlägt vor, diese Erweiterung des Schutzbereichs auslaufen zu lassen. Mit lediglich zwei praktischen Anwendungsfällen in fast vier Jahren habe die Norm nur eine geringe Bedeutung für die Praxis des Bundeskartellamtes erlangt. Die Erweiterung des Schutzbereichs auf alle abhängigen Unternehmen habe zwar zu Nachweiserleichterungen bezüglich des Tatbestandsmerkmals der Größe des abhängigen Unternehmens geführt. Allerdings seien große Unternehmen in der Regel selbst in der Lage, sachlich nicht gerechtfertigte Forderungen ihrer Vertragspartner abzuwehren. Dies gelte jedenfalls, solange kein bedeutender Größenunterschied im Vertikalverhältnis zwischen dem abhängigen und dem marktstarken Unternehmen zuungunsten des abhängigen Unternehmens bestehe.

80. Die Monopolkommission begrüßt das Vorhaben, die 2007 eingeführte Ausweitung des Anwendungsbereichs auf große Unternehmen auslaufen zu lassen. Sie hat sich schon während des damaligen Gesetzgebungsverfahrens gegen eine Erweiterung des Schutzbereichs von § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB ausgesprochen und bewertet die Regelung insgesamt kritisch.[58] § 20 Absatz 3 GWB erlaubt es der Kartellbehörde, in die Preis- und Konditionengestaltung zwischen Handels- und Herstellerunternehmen einzugreifen. Die Gestaltung von Preisen und Konditionen, zu denen der Handel seine Waren bei den Herstellern bezieht, ist jedoch ein wichtiger Parameter im Wettbewerb der Handelsunternehmen untereinander. Durch behördliche Eingriffe in die Konditionengestaltung wird der Wettbewerb insbesondere zwischen den großen Handelsunternehmen reduziert. Aufseiten der Verbraucher sind negative Auswirkungen in Form höherer Preise zu befürchten. Ein weiterer Nachteil der Vorschrift liegt darin, dass sie bestehende Vertriebsstrukturen begünstigen kann. Denn § 20 Absatz 3 GWB eröffnet abhängigen Anbietern die Möglichkeit, einzelne Vertragskonditionen durch die Wettbewerbsbehörden auf ihre Missbräuchlichkeit überprüfen zu lassen. Es besteht daher die Gefahr, dass sich Hersteller im Einzelfall eher auf einen Eingriff der Wettbewerbsbehörden verlassen, als selbst alle Anstrengungen zu unternehmen, ihre Vertriebspolitik zu differenzieren und dadurch Abhängigkeitsverhältnisse von vornherein zu vermeiden. Zweifelhaft ist darüber hinaus, ob das gesetzgeberische Ziel – der Schutz von Konkurrenten des marktmächtigen Handelsunternehmens – überhaupt erreicht werden kann. Große Handelsunternehmen haben allein aufgrund ihrer größeren Einkaufsmengen oftmals günstigere Einkaufskonditionen als ihre kleinen und mittleren Wettbewerber. Schon dieser Umstand, der leistungsbezogen und deshalb wettbewerbspolitisch nicht zu beanstanden ist, versetzt die großen Handelsunternehmen regelmäßig in die Lage, ihr Sortiment zu niedrigeren Preisen anzubieten.

81. Die Einbeziehung großer Hersteller in den Schutzbereich der Vorschrift wiederum ist schon deshalb abzulehnen, weil diese regelmäßig besser als kleine und mittlere Produzenten in der Lage sind, sich gegen sachlich ungerechtfertigte Forderungen des Einzelhandels zu wehren. Sie verfügen oft über Größenvorteile bei der Produktion und können daher meist günstiger produzieren als ihre kleineren Wettbewerber. Außerdem besitzen sie – im Vergleich zu jenen – häufig bessere Ausweichmöglichkeiten. So erleichtern es größere finanzielle Ressourcen, die oft mit einem Nachfragerwechsel auftretenden Kosten zu tragen, bestehende Vertriebsstrukturen anzupassen oder innovative Vertriebswege zu verwirklichen. Da große Anbieter häufig international tätig sind, bestehen ferner regelmäßig mehr Möglichkeiten, neue Vertriebspartner – auch im Ausland – zu finden. Schließlich stellen große Unternehmen oft eine ganze Palette von Produkten her, was ihre Verhandlungsposition gegenüber dem Handel deutlich stärken kann. Eines besonderen Schutzes seitens des Gesetzes und der Wettbewerbsbehörden bedarf es daher nicht.

82. Daneben ist zu bedenken, dass eine Einbeziehung von großen Herstellern in den Anwendungsbereich des § 20 Absatz 3 GWB jedenfalls mittelbar negative Auswirkungen auf deren kleinere Wettbewerber haben kann. Große Lieferanten könnten dann mit behördlicher Unterstützung gegen ungünstige Konditionen vorgehen. Ohne diese Möglichkeit wären sie hingegen eventuell eher bereit, Vertragsverhandlungen oder laufende Geschäftsbeziehungen abzubrechen. Dies würde anderen Anbietern – auch kleinen und mittleren Unternehmen – eine Chance zum Markteintritt oder zum Ausbau ihrer Marktposition verschaffen.

[57] Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007, BGBl. I S. 2966.

[58] Monopolkommission, Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB, Sondergutachten 47, Baden-Baden 2007.

4.2.2 Gelegentliches Anbieten von Lebensmitteln unter Einstandspreis – § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 GWB

83. Mit dem erwähnten Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch hat der Gesetzgeber – befristet bis zum 31. Dezember 2012 – als Regelbeispiel das nur gelegentliche Anbieten von Lebensmitteln unter Einstandspreis verboten. Das BMWi spricht sich für ein Auslaufen dieser Bestimmung aus. Aus der kartellbehördlichen und gerichtlichen Praxis seien keine Gründe für eine Verlängerung ersichtlich, insbesondere seien keine nennenswerten Schutzlücken zu erwarten, da systematische Untereinstandspreisverkäufe von Lebensmitteln verboten blieben. Zum anderen weist die Begründung des Referentenentwurfs auf mögliche positive Wirkungen von gelegentlichen Verkäufen unter Einstandspreis hin.

84. Die Monopolkommission hat sich bereits mehrfach für eine Abschaffung des Verbots von Untereinstandspreisverkäufen eingesetzt.[59] Es bestehen grundlegende ordnungspolitische Bedenken gegen das Verbot, weil Untereinstandsangebote vor allem ein Marketinginstrument darstellen, das dem Endverbraucher in Form besonders günstiger Preise zugute kommt. Für die Unternehmen stellt es ein effizientes Instrument dar, da sich Verluste bei den unter Einstandspreis verkauften Produkten durch die im Handel typische Mischkalkulation ausgleichen lassen. Prinzipiell können auch mittelständische Einzelhändler eine solche Strategie wählen. Der Versuch, durch Verkäufe unter Einstandspreis kleinere Wettbewerber zu verdrängen, stellt für große Handelsunternehmen in aller Regel keine rationale Verhaltensweise dar. Selbst wenn eine solche Verdrängung gelingen würde, könnten die zuvor in Kauf genommenen Verluste typischerweise nicht wieder aufgeholt werden. Daneben bleibt die Regelung im Hinblick auf das Ziel, kleine und mittlere Handelsunternehmen zu schützen, wirkungslos. Denn die filialisierten Großunternehmen des Handels erhalten allein aufgrund ihres Einkaufsvolumens in aller Regel günstigere Einkaufskonditionen als ihre kleineren Konkurrenten und besitzen im Preiswettbewerb somit ohnehin Vorteile gegenüber mittelständischen Konkurrenten. Sie sind deshalb imstande, ihre Waren selbst dann günstiger anzubieten, wenn sie den Verkaufspreis auf dem Niveau des Einstandspreises oder zu einem nur wenig darüber liegenden Preis festlegen. Mit dem Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis wird daher in erster Linie der Preiswettbewerb der großen Handelsunternehmen untereinander reduziert, was in der Konsequenz zu höheren Endverbraucherpreisen führt. Schließlich hat sich die Bestimmung des § 20 Absatz 4 GWB in der Vergangenheit als wenig praktikabel erwiesen. Die Prüfung wird auch vom Bundeskartellamt als äußerst aufwendig bewertet.[60]

85. Das 2007 eingeführte Regelbeispiel des nur gelegentlichen Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis hat den Anwendungsbereich des Untereinstandspreisverbots erweitert und die dargelegten Probleme noch weiter verschärft. Hingegen war die Vorschrift des § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 GWB von vornherein ungeeignet, das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel der Qualitätssicherung im Lebensmitteleinzelhandel zu erreichen. Erstens führen höhere Preise im Einzelhandel nicht zwangsläufig zu Qualitätsverbesserungen im Handel selbst. Und zweitens kann sich der Druck auf die Erzeugerpreise sogar erhöhen, wenn Verkäufe zu Untereinstandspreisen nicht möglich sind.

4.2.3 Verbot von Preis-Kosten-Scheren – § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3 GWB

86. Ebenfalls mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch hat der Gesetzgeber das befristete Verbot von Preis-Kosten-Scheren als Regelbeispiel aufgenommen. Dieses soll laut Begründung zum Referentenentwurf in Dauerrecht überführt werden, da es vor allem im Mineralölsektor eine wichtige Funktion erfülle und eine für den Wettbewerb positive Vorfeldwirkung entfalte. Das Verbot erleichtere außerdem den durch sie geschützten kleinen und mittleren Unternehmen eine zivilrechtliche Durchsetzung ihrer Ansprüche.

87. Auch das Bundeskartellamt spricht sich für eine dauerhafte Beibehaltung der Vorschrift aus. Das Amt führe nach Abschluss der Sektoruntersuchung Kraftstoffe[61] konkrete Verfahren auf der Grundlage des § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3 GWB.[62] Als vorteilhaft wird insbesondere gewertet, dass die spezielle Verbotsnorm keinen Nachweis einer Marktbeherrschung erfordert. Dies erleichtere es auch kleinen und mittleren Unternehmen, im Wege der privaten Durchsetzung des Kartellrechts gegen Preis-Kosten-Scheren vorzugehen.

88. Preis-Kosten-Scheren können sowohl auf der Grundlage von § 19 GWB als auch im Wege des § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3 GWB von den Wettbewerbsbehörden verfolgt werden. Während ein behördlicher Eingriff nach § 19 GWB die Feststellung von Marktbeherrschung des Normadressaten voraussetzt, erfordert das spezielle Verbot in § 20 GWB lediglich den Nachweis überlegener Markmacht. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass die Regelung in § 20 GWB nur klare Unterschreitungen der Vorleistungspreise durch die Endkundenpreise, nicht jedoch – wie § 19 GWB – die problematischeren Fälle einer unzureichenden Marge erfasst. Schließlich hat der Gesetzgeber in § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3 GWB eine konkrete Vorgabe für das Vorliegen eines missbräuchlichen Verhaltens gemacht. Dieses ist – sofern keine sachliche Rechtfertigung vorliegt – zu bejahen, wenn der Bezugspreis Dritter höher ist als der Preis, den der Lieferant selbst auf dem nachgelagerten Markt verlangt.

---

[59] Vgl. ebenda, Tz. 72.

[60] Vgl. BKartA, Stellungnahme zum Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle, 30. November 2011, S. 22.

[61] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht, Mai 2011, B8-200/09.

[62] Vgl. BKartA, Stellungnahme zum Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle, 30. November 2011, S. 23.

89. Die Monopolkommission gibt zu bedenken, dass aus ökonomisch-theoretischer Perspektive die Nettowohlfahrtswirkungen eines Verbots von Preis-Kosten-Scheren keineswegs eindeutig sind. Faktisch kommt es bei den zu erwartenden Wirkungen sehr auf die Art der Umsetzung des Verbots und die Eigenschaften des jeweils betrachteten Marktes an. In jedem Fall sollten mögliche Nachteile nicht außer Acht gelassen werden.

Bei rein statischer Analyse des Preis-Kosten-Scherenverbots kann das Instrument wegen des Wortlauts der Vorschrift nicht verhindern, dass die Endkundenpreise, die der vertikal integrierte Lieferant selbst auf der nachgelagerten Marktstufe verlangt, unter den Endkundenpreisen des belieferten kleinen oder mittleren Unternehmens liegen. Somit können die Vorleistungspreise für die kleinen oder mittleren Unternehmen aus wettbewerbstheoretischer Sicht weiterhin prohibitiv hoch sein bzw. die Endkundenpreise des vertikal integrierten Unternehmens so niedrig, dass das belieferte kleine oder mittlere Unternehmens nicht am Markt bestehen kann.

In dynamischer Perspektive sind davon abweichend vor allem Preisänderungen und somit auch strategisches Einkaufsverhalten und Lagerhaltung auf den verschiedenen Wertschöpfungsstufen zu berücksichtigen. Unter dieser Voraussetzung stellt die starre Preisregel im Rahmen der Preis-Kosten-Scheren jedoch nicht allein einen potenziellen Schutz kleinerer und mittlerer Unternehmen dar, sondern schränkt auch die kurzfristigen Preissetzungsspielräume des vertikal integrierten Unternehmens auf der nachgelagerten Marktstufe erheblich ein. Letzteres kann zu einer Vielzahl von negativen Wettbewerbseffekten führen. Nur zwei Beispiele seien hier genannt: So könnte das Verbot von Preis-Kosten-Scheren auf dem als potenziellen Anwendungsfall diskutierten Tankstellenmarkt dazu führen, dass vertikal integrierte Ölkonzerne mit kurzfristigen Preisänderungen zurückhaltender agieren. Sie könnten auf diese Weise verhindern, dass sie ihren Konkurrenten – aufgrund des Verbots – im Rahmen kurzfristiger Preisausschläge nach unten günstige strategische Einkaufskonditionen bieten müssen. Die Reduzierung der Anzahl von Preisänderungen kann wiederum kollusive Effekte in diesem Markt begünstigen. Eine weitere Wirkung des Verbots kann z. B. darin liegen, dass sich einem vertikal integrierten Unternehmen deutlich weniger Anreize bieten, eine strategisch vorteilhafte Einkaufspolitik und Lagerhaltung auf der Downstream-Ebene zu betreiben. Denn es muss befürchten, dass es die daraus erwachsenden Vorteile mit seinen Konkurrenten teilen muss.

90. Daneben können sich faktische Probleme bei der Anwendung der Norm ergeben. Der Bezugspreis der kleinen und mittleren Unternehmen wird im Wesentlichen nach den gleichen Grundsätzen wie der Einstandspreis nach § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 2 GWB ermittelt. Wie die Erfahrungen mit dieser Norm zeigen, ergeben sich dabei in der Praxis zahlreiche Schwierigkeiten. Für den Kraftstoffsektor sei insoweit nur auf die hohe Volatilität der Preise hingewiesen. Weitere Fragen der Preisberechnung ergeben sich bei Einschaltung von Zwischenhändlern, wie sie im Kraftstoffsektor durchaus üblich ist. Werden Freie Tankstellen nicht direkt von integrierten Mineralölunternehmen, sondern von Zwischenhändlern beliefert, ist zweifelhaft, ob und inwieweit deren Marge bei der Frage über die Zulässigkeit eines Bezugspreises zu berücksichtigen ist. In rechtlicher Hinsicht ist darüber hinaus streitig, ob lediglich systematisch erhöhte Bezugspreise den Tatbestand der Preis-Kosten-Schere erfüllen oder ob schon gelegentlich erhöhte Bezugspreise unzulässig sind.

91. Die Monopolkommission spricht sich wegen der dargestellten Probleme dafür aus, die Entscheidung über ein dauerhaftes Verbot von Preis-Kosten-Scheren an deutlich mehr Erfahrungen mit den praktischen Wirkungen des Instruments und seiner Handhabung in der Praxis zu knüpfen. Die Geltung der Vorschrift sollte daher nur befristet – etwa für fünf weitere Jahre – verlängert werden. Nach Auffassung der Monopolkommission können etwaige Wettbewerbsprobleme auf den Tankstellenmärkten nur unter Einbeziehung der Raffinerieebene gelöst werden. Sie regt daher eine Sektoruntersuchung dieses hochkonzentrierten Marktes an.

4.3 Spezifische Missbrauchsaufsicht gemäß § 29 GWB

4.3.1 Keine Verlängerung von § 29 GWB für den Energiesektor

92. Mit der speziellen Missbrauchsaufsicht im Energiesektor im Rahmen des § 29 GWB hat der Gesetzgeber im Jahr 2007 ein Instrument geschaffen, um die Preissetzung von Anbietern von Elektrizität oder leitungsgebundenem Gas zu überprüfen. Die in dieser Norm festgelegte besondere Form einer möglichen Kontrolle von Ausbeutungsmissbräuchen durch Energieversorgungsunternehmen wurde dabei durch § 131 Absatz 7 GWB bis zum 31. Dezember 2012 auf fünf Jahre befristet. Der Referentenentwurf sieht nun im Rahmen der GWB-Novelle eine Verlängerung um weitere fünf Jahre bis zum 31. Dezember 2017 vor. Das Bundeskartellamt hat die Verlängerung der Ausweitung seiner Kompetenzen in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf begrüßt.[63]

93. Methodisch entspricht der vom Gesetzgeber geschaffene § 29 GWB im Wesentlichen den Eingriffsbefugnissen des § 19 Absatz 4 Nummer 2 GWB, zählt jedoch die zur Führung des Missbrauchsnachweises zulässigen Methoden abschließend auf und nennt dabei in Satz 1 Nummer 1 das Vergleichsmarktkonzept und in Nummer 2 die Kostenkontrolle. Für die weitere Unterscheidung zur allgemeinen Preismissbrauchsaufsicht gemäß § 19 Absatz 4 Nummer 2 GWB ist vor allem von Bedeutung, dass für die Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts gemäß § 29 Satz 1 Nummer 1 GWB die Beweislast für die strukturelle Vergleichbarkeit der betroffenen Unternehmen umgekehrt wird.

---

[63] Vgl. BKartA, Stellungnahme zum Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle, 30. November 2011, S. 18.

94. Die Einführung und Anwendung der besonderen Missbrauchsaufsicht im Energiesektor ist in der wettbewerbspolitischen Diskussion kritisch aufgenommen und begleitet worden. Bereits vor der Einführung hat die Monopolkommission in einem Sondergutachten deutlich gemacht, dass sie die Norm in dieser Form für verfehlt hält.[64] In ihren Sondergutachten zum Energiesektor hat sie diese Bedenken erneuert und anhand der bisher vom Bundeskartellamt durchgeführten Verfahren im Gas- und Heizstromsektor zudem schwerwiegende operative Probleme der Vorschrift aufgezeigt.[65] Die entschiedene Kritik an diesem wettbewerbsrechtlichen Instrument bezieht sich im Kern auf zwei Aspekte:

– die Probleme der Preismissbrauchsaufsicht und ihre besonderen Fehlwirkungen bei der Anwendung in sich entwickelnden Märkten,

– die Probleme einer sektorspezifischen Preisaufsicht im Rahmen des allgemeinen Kartellrechts.

95. Erstere grundsätzliche Kritik basiert auf den gegenläufigen Wirkungen der Preismissbrauchsaufsicht als solcher und betrifft damit neben der Vorschrift des § 29 GWB auch die allgemeine Kontrolle von Ausbeutungsmissbräuchen gemäß § 19 Absatz 4 Nummer 2 GWB. Einerseits soll der Verbraucher durch diese Regelungen vor einem Ausbeutungsmissbrauch marktbeherrschender Unternehmen geschützt werden. Andererseits können kurzfristig durch Marktmacht überhöhte Preise durchaus mit einem wirksamen und speziell innovativen Wettbewerbsgeschehen in Einklang stehen und eine Preiskürzung aufgrund kartellrechtlicher Maßnahmen mit wettbewerblichen Fehlwirkungen verbunden sein. Je gewichtiger diese Fehlwirkungen sind, desto weniger spricht für eine Anwendung der Preismissbrauchsaufsicht.

96. Gegen die spezifische Preismissbrauchsaufsicht gemäß § 29 GWB lässt sich vor allem anführen, dass solche Fehlwirkungen in Märkten von besonderer Relevanz sind, in denen sich der Wettbewerb gerade entwickeln soll. Typischerweise sind dies Märkte, die zuletzt sukzessive liberalisiert wurden, auf denen jedoch ein oder mehrere Altanbieter noch über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Auf genau solche Märkte zielt § 29 GWB, der die Preismissbrauchsaufsicht im liberalisierten Energiesektor nochmals verschärft hat.

97. In diesen Märkten schaffen vor allem aus der Zeit vor der Marktöffnung verbleibende Ineffizienzen bei Altanbietern Anreize für Neulinge, in den lukrativen Markt einzutreten. Durch den entstehenden Wettbewerbsdruck werden auch die Altanbieter gezwungen, ihre Preise zu senken und Ineffizienzen sukzessive abzubauen, da sie andernfalls Kunden verlieren. Im Ergebnis wird so effektiv das Ziel der Liberalisierung verfolgt, einen wirksamen Wettbewerb in diesem Markt zu schaffen, durch den auch das Preisniveau selbstständig kontrolliert wird. Anzeichen für die Entstehung wirksamen Wettbewerbs sind insbesondere Markteintritte neuer Unternehmen und ein aktives Wechselverhalten der Kunden.

98. Durch die Einführung der speziellen Preismissbrauchsaufsicht gemäß § 29 GWB werden diese Ziele jedoch konterkariert. Vielmehr wird versucht, wettbewerbskonforme Preise in diesem Markt durch die Anwendung von Kartellrecht vorwegzunehmen. Die Preise der Altanbieter werden durch das kartellrechtliche Vorgehen auf ein für potenzielle Wettbewerber kaum abzuschätzendes Niveau gesenkt. In der Folge besteht für die Kunden des Altanbieters ein geringerer Anreiz, zu einem bereits in den Markt eingetretenen Neuling zu wechseln, da nur der Altanbieter über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, von der Vorschrift erfasst wird und somit lediglich seine Kunden im Falle eines Eingriffs der Kartellbehörden eine Rückerstattung erhalten. Zudem werden durch die Vorschrift Anbieter abgeschreckt, in den Markt einzutreten. Denn zum einen wird die Drohung, auf einen Markteintritt von Neulingen mit Preissenkungen zu reagieren, glaubwürdiger, da eine Preissenkung durch den Neuling nun möglicherweise auch aus kartellrechtlichen Gründen vom Altanbieter nachvollzogen werden muss. Zum anderen reduziert ein erfolgter kartellrechtlicher Eingriff in die Preisgestaltung der Altanbieter unmittelbar die Renditechancen für Neulinge. Im Ergebnis wird echter und wirksamer Wettbewerb durch die Reduzierung von Markteintritten und die Schwächung des Wechselverhaltens gebremst.

99. In der Begründung des Referentenentwurfs werden im Hinblick auf die Verlängerung des § 29 GWB vor allem empirische Gründe genannt, nach denen sich die Befürchtungen über den Eintritt von Fehlwirkungen nicht bewahrheitet hätten. Diese Bewertung ist jedoch bei Betrachtung der Märkte für Gas- und Heizstromendversorger, auf denen das Kartellamt mittels § 29 GWB Preise kontrolliert hat, nicht nachzuvollziehen. Zwar ist es im Gassektor zuletzt vermehrt zu Markteintritten gekommen. Diese sind jedoch insbesondere auf die äußerst günstige Entwicklung der Großhandelspreise zurückzuführen, die vor allem seit dem Jahr 2009 für Wettbewerbsvorteile bei Neulingen gegenüber Altanbietern mit älteren Bezugspreisen gesorgt haben.[66] Gleichzeitig bleiben die Grundversorger im Gassektor mit einem Marktanteil von etwa 94 Prozent (Ende 2010) weiterhin klar marktbeherrschend und die Wechselquoten trotz ansteigenden Trends noch eher gering.[67] Im Heizstromsektor ist die Wettbewerbsentwicklung nach wie vor stockend, was in erster Linie auf das teilweise bereits vorher nicht kostendeckende Preisniveau zurückzuführen ist, welches durch das Vorgehen des Bundeskartellamtes nochmals gesenkt wurde.[68]

[64] Vgl. ausführlich zu den Wirkungen des § 29 GWB Monopolkommission, Sondergutachten 47, a.a.O., Tz. 14 ff.

[65] Vgl. Monopolkommission, Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Sondergutachten 54, Baden-Baden 2009, Tz. 503 ff.; Monopolkommission, Strom und Gas 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Sondergutachten 59, Baden-Baden 2011, Tz. 710 ff.

[66] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a.a.O., Tz. 727, 737.

[67] Vgl. BNetzA, Monitoringbericht 2011, S. 77.

[68] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a.a.O., Tz. 737.

100. Neben der Kritik an den Wirkungen einer speziellen Preismissbrauchsaufsicht im Energiesektor sind auch grundsätzliche Bedenken angezeigt, ob das allgemeine Kartellrecht sich für die Durchführung einer eigenen sektorspezifischen Preismissbrauchsaufsicht eignet. Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass keines der vom Bundeskartellamt durchgeführten, auf § 29 GWB basierenden Verfahren durch eine – gegebenenfalls kontroverse – Verfügung abgeschlossen worden ist, sondern alle Verfahren auf der Basis von Zusagenlösungen eingestellt wurden.[69] Vor diesem Hintergrund ist die Formulierung in der Begründung des Referentenentwurfs zu § 29 GWB, die bisher auf Endkundenmärkten im Gas- und Heizstromsektor durchgeführten Verfahren seien „im Gasendkundenbereich und bei Heizstrom zügig und erfolgreich abgeschlossen“ worden, missverständlich.

101. Die bisher vom Bundeskartellamt durchgeführten, auf § 29 GWB basierenden Verfahren zeigen zudem, dass sich bei der Anwendung des Instruments durch die Behörde gewichtige Probleme ergeben. So hat das Bundeskartellamt seine Verfahren im Gas- und Heizstromsektor bisher stets auf § 29 Satz 1 Nummer 1 GWB und das der Kartellbehörde vertraute Vergleichsmarktkonzept in Form des Erlösvergleichs gestützt, das weitgehend von Kosten abstrahiert und deshalb vereinfacht durchführbar ist. Bei der Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts werden nur die gewichteten Erlöse der betrachteten Unternehmen untereinander verglichen. Die jeweils günstigsten Unternehmen werden dabei als Vergleichsmaßstab herangezogen. Eine Kostenprüfung ist im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung vorgesehen.[70] Problem des Erlösvergleichs ist jedoch, dass sich die Strukturen der zu vergleichenden Unternehmen nicht durch nicht beeinflussbare Kostenpositionen unterscheiden dürfen, die auch eine Differenzierung in den Preisen sachlich rechtfertigen könnten. Weiterhin dürfen die kartellrechtlich erhobenen Preise nicht zu einer Kostenunterdeckung führen.[71] Tritt einer dieser Fälle ein, dann muss das Bundeskartellamt auch die Kostenstrukturen der betroffenen Unternehmen untersuchen. Insbesondere im Falle der Heizstromverfahren musste das Amt eine Kostenprüfung durchführen, da bekannt war, dass viele der marktbeherrschenden Versorger Heizstrom zu nicht kostendeckenden Preisen anboten. Die Monopolkommission hat bei einer genauen Prüfung dieser Verfahren erhebliche methodische Probleme bei der Durchführung dieser Kostenprüfung durch das Amt aufgezeigt.[72] So berücksichtigt die Behörde beispielsweise keine Kapitalkosten, sodass die Gefahr besteht, dass die Erlöse eines Unternehmens bereits dann als missbräuchlich bewertet werden, wenn diese es dem Unternehmen lediglich erlauben, seine Kapitalkosten und damit auch Opportunitätskosten, wie etwa Eigenkapitalkosten, zu decken.[73]

102. Grundsätzlich kann festgestellt werden, dass die korrekte Durchführung einer Kostenprüfung zur Durchführung des § 29 GWB, wie sie in Satz 1 Nummer 1 in der sachlichen Rechtfertigung und explizit in Satz 1 Nummer 2 der Vorschrift vorgesehen ist, in der Regel dem Kartellrecht fremde und schwierige Zuordnungsprobleme verursacht. Zu diesen gehören etwa Effizienzvergleiche, die Berücksichtigung von Gemeinkosten oder die Kalkulation von Kapitalkostenzinssätzen. Diese Probleme sind jedoch aus dem Regulierungsrecht bekannt, in dem zur Kalkulation wettbewerbskonformer Zugangspreise zu monopolistischen Engpassbereichen unterschiedliche, teils aufwendige Preisregulierungsmethoden eingesetzt werden. Im Rahmen der Anwendung allgemeinen Kartellrechts ist die Kontrolle der Preise in Märkten, in denen solche Probleme verstärkt vorliegen, jedoch außerordentlich schwierig. Lösungen für verschiedene Probleme müssten zunächst entwickelt werden. Die bis heute abgeschlossenen Verfahren im Energiesektor deuten jedoch eher darauf hin, dass der Vereinfachung dienende methodische Ungenauigkeiten von den Kartellbehörden bisher in Kauf genommen wurden. Verschärfend wirkt sich in diesem Zusammenhang die in § 29 Satz 1 Nummer 1 GWB geregelte Beweislastumkehr aus. Auf diese Weise entfernt sich das durch das Kartellamt festgesetzte Preisniveau noch weiter von den Ergebnissen funktionsfähigen Wettbewerbs, ist für potenzielle Marktneulinge noch schwieriger einzuschätzen und hemmt damit den Wettbewerb in sich entwickelnden Märkten zusätzlich.

103. Anhand der bisherigen Erfahrungen mit § 29 GWB wird auch deutlich, dass die Vorschrift durch das Bundeskartellamt vor allem gegen Versorger auf der Endkundenebene Anwendung fand. Zwar ist prinzipiell auch eine Anwendbarkeit des § 29 GWB auf Preise der Vorleistungsebene gegeben, etwa bei den Stromgroßhandelspreisen großer Versorger. Hier trifft das Bundeskartellamt jedoch auf größere Widerstände und eine Vielzahl von Problemen bei der Kostenmessung, wie die Sektoruntersuchung Stromerzeugung, Stromgroßhandel des Amtes gezeigt hat.[74] Verfahren auf der Basis von § 29 GWB sind hier bisher nicht eingeleitet worden.

104. Insgesamt deutet vieles darauf hin, dass mit § 29 GWB vor allem politische Ziele verfolgt werden, um die Durchsetzungsfähigkeit gegenüber Missbrauchspotenzialen im Energiesektor zu bekräftigen. Dabei wird durch die Anwendung auf Endkundenmärkten und die dortigen Preise bei den Kunden fälschlich der Eindruck vermittelt, man könne auf diese Weise die gesamte Preissetzung im

[69] Der Ausgang des Verfahrens gegen die Entega Vertrieb GmbH & Co. KG wegen überhöhter Heizstrompreise ist noch offen.
[70] Vgl. Bechtold in: Bechtold, R., GWB, 6. Aufl., München 2010, § 29, Rn. 20.
[71] So hat der Bundesgerichtshof in der Vergangenheit gefordert, dass die ermittelte Erlösobergrenze eines betroffenen Unternehmens bei diesem nicht zu einer Kostenunterdeckung führen darf, es sei denn, die Kosten sind auf die mangelnde Ausschöpfung von Rationalisierungsreserven zurückzuführen. Vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juli 1999, KVR 12/98, WuW/E DE-R 375 „Flugpreisspaltung“.
[72] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a.a.O., Tz. 725 ff.
[73] Vgl. ebenda, Tz. 731.
[74] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Stromerzeugung/Stromgroßhandel, Bericht gemäß § 32e Absatz 3 GWB, Januar 2011, B10-0/09, sowie deren kritische Analyse in: Monopolkommission, Sondergutachten 59, a.a.O., Tz. 461ff.

Energiesektor kontrollieren, obwohl im Rahmen der Kontrolle der Endkundenpreise tatsächlich lediglich das Verhalten auf der letzten Stufe der Lieferkette untersucht wird. Bei dieser Stufe handelt es sich jedoch häufig um die wettbewerblich am besten entwickelten Märkte des Energiesektors, auf denen heute zum Teil bereits eine zunehmende Zahl von Anbietern aktiv ist. Wettbewerbsdefizite bei Erzeugung, Import und Großhandel von Strom oder Gas können durch die Preishöhenkontrolle des Bundeskartellamtes auf der Endkundenstufe hingegen nicht nennenswert beeinflusst werden.

105. Vor dem Hintergrund der erheblichen Probleme mit Anwendung und Wirkung einer speziellen Missbrauchsaufsicht auf Energiemärkten gemäß § 29 GWB sieht die Monopolkommission keine sachlichen Gründe für eine Verlängerung der Norm. Vielmehr wirkt die Norm weiterhin schädlich für die Wettbewerbsentwicklung auf einzelnen Märkten. Die Monopolkommission empfiehlt daher dringend, von einer unnötigen Verlängerung des § 29 GWB, so wie sie der Referentenentwurf gegenwärtig vorsieht, abzusehen.

4.3.2 Keine Ausdehnung des § 29 auf Wasserversorgungs- und Fernwärmemärkte

106. Das Bundeskartellamt hat über seine Zustimmung zu einer Verlängerung der verschärften Missbrauchsaufsicht nach § 29 GWB hinaus in seiner Stellungsnahme zum Referentenentwurf auch eine Ausdehnung der Vorschrift auf die Märkte für Fernwärme- und Wasserversorgung gefordert und dies mit der Abhängigkeit der Kunden von den hier tätigen Versorgern begründet.[75] Eine solche Ausweitung ist bisher im Referentenentwurf nicht vorgesehen.

107. Während sich die Monopolkommission äußerst kritisch gegenüber einer möglichen Verlängerung der Missbrauchsaufsicht im Energiesektor gemäß § 29 GWB äußert, ist diese Haltung auf die Frage nach Preiskontrollen in anderen Sektoren nicht grundsätzlich übertragbar. Vielmehr soll nachfolgend genauer betrachtet werden, ob die geäußerten Kritikpunkte an der verschärften Preisaufsicht im Energiesektor auch für die Preisaufsicht in anderen Sektoren zutreffen.

108. Zunächst sind dabei die aufgezeigten Fehlwirkungen des Instruments zu untersuchen, die in der Folge in einem bestimmten Markt auftreten können. Die Monopolkommission hat im Hinblick auf die Effekte des bestehenden § 29 GWB betont, dass solche Fehlwirkungen insbesondere bei dessen Anwendung auf Märkten mit sich entwickelndem Wettbewerb vorkommen. Um solche handelt es sich im Strom- und Gassektor, auf die sich der bestehende § 29 GWB heute richtet. Diese Märkte sind in Deutschland grundsätzlich liberalisiert und es liegen die Voraussetzungen für den Marktzutritt dritter Anbieter vor. Gerade in den letzten Jahren sind auf den betreffenden Märkten vermehrt neue Anbieter eingetreten. Das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel einer verschärften Missbrauchsaufsicht lag hier in einer Vorwegnahme der Ergebnisse, die sich mit zunehmendem Wirksamwerden eines echten Wettbewerbsprozesses von selbst einstellen. Hier hat die Monopolkommission kritisch auf den erheblichen Konflikt zwischen den Wirkungen dieser Missbrauchsaufsicht und der mit der Liberalisierung intendierten Wettbewerbsentwicklung hingewiesen.

Demgegenüber besteht im Hinblick auf die Märkte für Fernwärme und Wasser der zentrale Unterschied darin, dass ein Marktzutritt auf der Anbieterseite in den meisten Fällen rechtlich und praktisch nicht möglich ist. Für die Nachfrager in beiden Sektoren ergeben sich somit auch keine plausiblen Alternativen zu ihren Versorgern.[76] Fernwärme- und Wasserversorger stellen in der Regel regionale und in vielen Fällen auch vertikal integrierte Gebietsmonopolisten dar, deren Entgeltniveau weder heute noch in absehbarer Zukunft vom Wettbewerb kontrolliert werden wird.[77] Dysfunktionale Wirkungen einer möglichen Preismissbrauchsaufsicht auf die Entwicklung echten Wettbewerbs sind von daher a priori weitgehend auszuschließen. Demgegenüber ist zu befürchten, dass der unkontrollierte Verhaltensspielraum der Versorger im Wasser- und Fernwärmesektor zu einem überhöhten Entgeltniveau führt. Anzeichen dafür ergeben sich z. B. aus dem derzeit laufenden Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes gegen die Berliner Wasserbetriebe.[78]

109. Anders als im Falle der Strom- und Gasmärkte hält die Monopolkommission in den Märkten für Fernwärme und Frischwasser eine Aufsicht über die Wettbewerbskonformität des Preisniveaus daher für dringend geboten. Fraglich ist jedoch, ob eine solche Aufsicht am besten auf dem Wege einer kartellrechtlichen Regelung wie dem § 29 GWB umgesetzt werden sollte. Hier ist zunächst grundsätzlich einzuwenden, dass die Preiskontrollen in diesen Sektoren aufgrund der nachhaltigen Resistenz der

[75] Vgl. BKartA, Stellungnahme zum Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle, 30. November 2011, S.18.

[76] Im Fernwärmesektor stellt sich hier vor allem die Frage nach der Möglichkeit eines Wechsels des Heizsystems. Faktisch kann ein Abnehmer von Heizstrom sein Heizsystem in vielen Fällen jedoch nicht wechseln, da die Umstellung z. B. für Mieter häufig nicht entscheidbar und für Haus- oder Wohnungseigentümer in der Regel mit einem hohem finanziellen und bautechnischen Aufwand verbunden ist. Des Weiteren ist ein Wechsel des Heizsystems häufig aufgrund eines kommunalrechtlich verankerten Anschluss- und Benutzungszwangs ausgeschlossen. Vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 59, a.a.O., Tz. 161 ff.

[77] Die prinzipielle Möglichkeit der Öffnung von Fernwärmenetzen für den Einspeisewettbewerb deutet sich zwar infolge einer aktuellen Entscheidung des Bundeskartellamtes gegenüber Vattenfall an, nachdem das Unternehmen verpflichtet wurde, sein Fernwärmenetz gegenüber dritten Anbietern zu öffnen. Ob sich auf diese Weise tatsächlich ein Einspeisewettbewerb initiieren lässt, bleibt aufgrund der besonderen Kostenstrukturen der Fernwärmeerzeugung und der weiterhin monopolistisch strukturierten Netze allerdings fraglich. Da mit der Infrastruktur jedoch aller Voraussicht nach stets mindestens eine monopolistische Wertschöpfungsebene vorhanden ist, kann diese Frage für die weitere Betrachtung offen bleiben. Zur Entscheidung des Bundeskartellamtes vgl. TAZ, Das letzte Energiemonopol fällt, 16. Januar 2012, http://www.taz.de/Kartellamt-bricht-Fernwaerme-Monopol/!85770/

[78] Vgl. Wasserversorger sollen Preise senken, Handelsblatt vom 5. Dezember 2011, http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-dienstleister/wasserversorger-sollen-preise-senken/5923692.html

Monopolstellungen nicht befristet, sondern auf Dauer zu erwarten sind. Von seiner Grundkonstruktion her eignet sich jedoch das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht zur dauerhaften Kontrolle sektorspezifischer Wettbewerbsprobleme.

110. Ein weiterer wesentlicher Grund, der gegen eine Kontrolle von Wasser- und Fernwärmemärkten im Rahmen des § 29 GWB spricht, betrifft die Probleme mit der Durchführung einer sektorspezifischen Preisaufsicht im Rahmen des allgemeinen Kartellrechts. Diese Schwierigkeiten hat die Monopolkommission bereits im Hinblick auf die Kontrolle der Strom- und Gasmärkte ausführlich dargestellt.[79] Verschiedene Aspekte deuten darauf hin, dass gerade im Fernwärmesektor erhebliche Probleme durch das Bundeskartellamt zu lösen wären, für die bisher noch keine Konzepte und Erfahrungen vorliegen. Ein wesentliches Problem sieht die Monopolkommission etwa in der Zuordnung von Gemeinkosten, welche die Preisgestaltung ganz besonders im Fernwärmesektor beeinflussen können. Fernwärme wird häufig in Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen als Kuppelprodukt zur Stromproduktion erzeugt. Die Kosten der Herstellung von Fernwärme sind daher stark davon abhängig, ob Gemeinkosten mit der Stromproduktion dem Kostenträger Strom oder Fernwärme angelastet werden. Für eine kartellrechtliche Prüfung ist dabei von Bedeutung, dass ökonomisch keine objektiv richtige Zurechnung dieser Kosten existiert, sodass das Bundeskartellamt jede von den Versorgern vorgetragene Verteilung – auch die vollständige Zurechnung aller Gemeinkosten bei der Fernwärme – anerkennen müsste. Eine gerichtlich belastbare und gleichzeitig effektive Kontrolle der Fernwärmepreise ist daher nur dann möglich, wenn eine Verteilung von Gemeinkosten bei der Kontrolle der Fernwärmepreise ex ante vorgegeben würde, wie es typischerweise im Regulierungsrecht – etwa im Telekommunikationssektor – der Fall ist. Dem allgemeinen Kartellrecht sind solche sektorspezifischen Detailregelungen jedoch fremd, sodass auch dieser Punkt gegen eine entsprechende Erweiterung des § 29 GWB spricht.

111. Vor diesem Hintergrund ist zu empfehlen, die Kontrolle von Fernwärme- und Wasserentgelten durch eine gesonderte Regulierungsvorschrift zu regeln, die von den zuständigen Regulierungsbehörden umgesetzt wird. Die Monopolkommission verweist hier auf ihre früheren Vorschläge im Hinblick auf die Regulierung der Trinkwasserwirtschaft.[80]

112. Der gegen eine sektorspezifische Regulierung gelegentlich vorgetragene Einwand, dass es sich bei den zu kontrollierenden Entgelten im Wasser- und Fernwärmesektor meist um Endkundenpreise handele, während eine Regulierung in der Regel bei der vorgelagerten Infrastruktur ansetze, ist zurückzuweisen. Systematisch muss eine Entgeltregulierung stets an der vertikalen Stufe eines Wirtschaftssektors ansetzen, auf der auch zukünftig kein Wettbewerb zu erwarten ist. Während typischerweise in bereits regulierten Wirtschaftssektoren wie der Eisenbahninfrastruktur oder den Energienetzen der monopolistische Engpassbereich bereits bei einem Vorprodukt endet, reicht dieser auf Wasser- und Fernwärmemärkten bis zur Endkundenebene. Anwendungssystematisch und im Hinblick auf mögliche Synergieeffekte bei der Regulierungstätigkeit spielt es jedoch keine wesentliche Rolle, auf welcher Ebene eine Regulierung der Entgelte unterschiedlicher Monopolbereiche stattfindet.

113. Von einer erweiterten branchenspezifischen Preisaufsicht im GWB für Wasser und Fernwärme – etwa durch eine Änderung oder Ausweitung des § 29 GWB – ist abzuraten. Die Monopolkommission weist jedoch darauf hin, dass, solange eine Regulierung beider Branchen noch nicht umgesetzt wurde, die Kunden mit nicht wettbewerbskonformen Entgelten belastet sein können. Für eine Übergangszeit – bis zur Umsetzung geeigneter Regulierungsvorschriften – sollte das Bundeskartellamt daher insbesondere im Wassersektor, in welchem sich auf den ersten Blick weniger operative Probleme einstellen, die Entgelte kontrollieren.[81] Für den Wassersektor stellt § 31 RefE hierfür ein spezielles Instrument zur Verfügung.

5 Ausnahmebereich Wasserwirtschaft

114. Während mit der 6. GWB-Novelle die kartellrechtlichen Ausnahmebereiche der leitungsgebundenen Energiewirtschaft aufgehoben wurden, blieb die Wasserwirtschaft weiterhin von der Geltung des allgemeinen Kartellrechts freigestellt und im Gegenzug der verschärften Missbrauchsaufsicht unterworfen, § 131 Absatz 6 GWB i.V.m. §§ 103, 103a und 105 GWB 1990. Das BMWi plant, die Regelungen zur Wasserwirtschaft unter Berücksichtigung notwendiger Verweisungen wieder in den aktuellen Gesetzestext aufzunehmen, § 31 RefE. Laut Begründung zum Referentenentwurf unterliegt die Wasserversorgung damit auch künftig einer besonderen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht. Zudem bleibe die Rechtsprechung zu der Übergangsvorschrift weiterhin maßgeblich.

Mit der Übernahme der bisherigen Übergangsregelungen in das aktuelle GWB strebt das BMWi eine Verbesserung der Systematik des Gesetzes sowie eine erleichterte Anwendbarkeit der Vorschriften für die Vollzugsbehörden an. Dies sei vor dem Hintergrund zu sehen, dass die praktische Bedeutung der kartellrechtlichen Wasser-Missbrauchsvorschriften nach der Grundsatzentscheidung des BGH „Wasserpreise Wetzlar“ gestiegen sei. Das Gericht hatte hier die Anwendbarkeit der verschärften Missbrauchskontrolle zur Prüfung der Wasserpreise bestätigt und zudem die gleichzeitige Anwendbarkeit der allgemeinen Missbrauchsaufsicht nach §§ 19, 20 GWB nicht ausgeschlossen.[82] Zudem hätten mehrere Kartellbehörden die Wasserpreise von Versorgern geprüft und entsprechende Missbrauchsverfahren eingeleitet. Außerdem stelle insbesondere die Wasserversorgung der Endkunden ein natür-

[79] Vgl. Tz. 102.

[80] Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a.a.O., Tz. 20.

[81] Vgl. Tz. 114.

[82] BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010, KVR 66/08 „Wasserpreise Wetzlar“.

liches Monopol dar, sodass die Entgeltgestaltung der Wasserversorgung einer effektiven staatlichen Kontrolle bedürfe. Diese könne durch die konsequente Anwendung der Vorschriften der besonderen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht gewährleistet werden.

115. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Hauptgutachten Ineffizienzen in der Trinkwasserversorgung und gravierende Inkonsistenzen im ordnungspolitischen Rahmen aufgedeckt und entsprechende Empfehlungen abgegeben.[83] Im Bundesgebiet zeigen sich für den Verbraucher erhebliche Unterschiede in den Entgelten für die Trinkwasserversorgung. Aus ökonomischer Sicht bestehen beträchtliche Zweifel daran, ob sich die Wasserpreise und -gebühren stets an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren. Aus diesem Grund befürwortet die Monopolkommission ebenso wie das BMWi eine effektive staatliche Aufsicht über die Wasserwirtschaft. Der mit dem Referentenentwurf verfolgte Ansatz für die Entgeltkontrolle geht allerdings nicht weit genug, um dieses Ziel zu erreichen. Mit der Übernahme der Übergangsvorschrift in das aktuelle GWB ist materiell-rechtlich keine Änderung der bereits bestehenden Gesetzeslage verbunden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass der BGH in der zitierten Entscheidung bereits die wesentlichen Rahmenbedingungen der kartellrechtlichen Entgeltkontrolle geklärt hat. Der vorgelegte Gesetzesvorschlag enthält keine Aspekte, die über die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze hinausgehen. Somit kann der bloßen Übernahme der Übergangsvorschrift allenfalls eine gewisse Signalwirkung dergestalt zukommen, dass der Gesetzgeber die Probleme bei der Entgeltgestaltung in der Wasserwirtschaft stärker in das Bewusstsein der Kartellbehörden rücken will und eine vermehrte behördliche Befassung anstrebt. Ob und inwieweit ein solches Signal gerade auch auf der Ebene der – in der Regel personell schwach besetzten und politischem Einfluss ausgesetzten – Landeskartellbehörden erfolgreich aufgenommen wird, muss zumindest fraglich erscheinen.

116. Eines der Kernprobleme bei der Entgeltkontrolle in der Wasserversorgung resultiert aus dem Nebeneinander von privatrechtlich gesetzten Preisen einerseits und öffentlich-rechtlichen Gebühren andererseits.[84] Die Monopolkommission sieht hier ein schwerwiegendes Problem der faktischen Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte: In beiden Fällen wird dasselbe homogene Gut Wasser von Wasserbetrieben gegen ein Entgelt an die Verbraucher verkauft. Mit der Wahl der Rechtsform durch die zuständige Kommune oder den zuständigen Zweckverband ergeben sich jedoch deutliche Unterschiede bei der Aufsichtszuständigkeit und den der Kontrolle zugrunde gelegten Maßstäben. Für diese Problematik enthält die Vorschrift des § 31 RefE keinen Lösungsansatz.

117. Gemessen am Wasseraufkommen standen 2003 mehr als 95 Prozent der Wasserbetriebe unter direktem oder indirektem eigentumsrechtlichem Einfluss von kommunalen Gebietskörperschaften. Etwa zwei Drittel der Wasserbetriebe waren öffentlich-rechtlich organisiert, etwa ein Drittel wurde in privater Rechtsform geführt und weniger als 4 Prozent waren reine Privatbetriebe ohne Eigentümeranteile der öffentlichen Hand.[85] Privatrechtlich geführte Trinkwasserversorger bieten ihre Leistung zu Preisen an, öffentlich-rechtlich organisierte Versorger erheben typischerweise Gebühren. Mit der Wahl der Rechtsform durch die zuständige Kommune oder den zuständigen Zweckverband ergeben sich in der Praxis Unterschiede in den Aufsichtszuständigkeiten und -maßstäben. Zwar erfasst nach bestrittener, doch überzeugender Auffassung das Kartellrecht auch Gebühren für in (potenziellem) Wettbewerb zu Privaten erbrachte Leistungen. Doch wird bislang effektiv keine Missbrauchsaufsicht über Wassergebühren ausgeübt. Deshalb unterliegt derzeit die Gebührenhöhe faktisch nur der jeweiligen Kommunalaufsicht, während Preise der privatrechtlich organisierten Wasserbetriebe von der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht erfasst sind.

Zuletzt verneinte das OLG Düsseldorf die Anwendbarkeit des GWB wegen fehlender Unternehmenseigenschaft eines Wasser- und Abwasserzweckverbands, der auf der Grundlage eines Anschluss- und Benutzungszwangs tätig wurde und Wassergebühren erhob.[86] Zwar stehe der Rechtscharakter des Zweckverbands – einer Körperschaft öffentlichen Rechts – einer Einordnung als Unternehmen im Sinne des GWB nicht von vornherein entgegen. Es gelte vielmehr ein funktionaler Unternehmensbegriff, wonach auch die Tätigkeit des Staates dann dem GWB unterliege, wenn er sich auf dem Markt als Anbieter wirtschaftlicher Leistungen betätige. Das GWB gelte indes nicht für die hoheitliche Tätigkeit des Staates, die hier jedenfalls aufgrund des satzungsrechtlich vorgesehenen Anschluss- und Benutzungszwangs zu bejahen sei. Ferner setze das GWB potenzielle Wettbewerbsbeziehungen zu Dritten voraus. Demgegenüber schließe der Staat durch den Anschluss- und Benutzungszwang jeden Wettbewerb Dritter von vornherein aus.

118. Für die Kommunalaufsicht spielt die Effizienz der Leistungsbereitstellung allenfalls eine untergeordnete Rolle. Maßgebende Prüfungskriterien sind vielmehr in erster Linie das Äquivalenzprinzip und der Aspekt der Sicherstellung einer nachhaltigen Haushaltsführung bei den Kommunen. Da bei dieser Prüfung in der Regel ein Vollkostenstandard zugrunde gelegt wird, besteht ein erhebliches Risiko, dass von den Aufsichtsbehörden auch ineffizient hohe Kosten in der Trinkwasserwirtschaft zulasten der Verbraucher akzeptiert werden. Als besonders problematisch erweist sich in diesem Zusammenhang, dass die Kommunen in der Lage sind, sich durch eine Änderung der Rechtsform der bisher privatrechtlich organisierten Betriebe der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht zu entziehen.

---

83 Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a.a.O., Tz. 1 ff.
84 Vgl. ebenda, Tz. 8 ff.
85 Vgl. Bardt, H., Wettbewerb im Wassermarkt, Köln 2006, S. 7, Tabelle 1.
86 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Dezember 2010, VI-2 Kart 1/10 (V).

Prominentes Beispiel hierfür ist die Stadt Wetzlar, die die Wasserversorgung zunächst privatrechtlich organisiert hatte und im Mai 2007 von der hessischen Landeskartellbehörde verpflichtet worden war, ihre Preise zu senken. In Wetzlar wurden Kunden zu diesem Zeitpunkt von der Enwag Energie- und Wassergesellschaft mbH, an der die Stadt mit 50,1 Prozent beteiligt war, mit Trinkwasser beliefert. Nachdem die Verfügung der Kartellbehörde mit Beschluss des BGH im Februar 2010 bestandskräftig geworden war,[87] gestaltete die Stadt Wetzlar mit Beginn des Jahres 2011 die Wasserversorgung im Gemeindegebiet hoheitlich aus. Der bisherige Wasserversorger Enwag wurde ab diesem Zeitpunkt nur noch im Innenverhältnis als Verpächter und Dienstleister für den kommunalen Eigenbetrieb zur Wasserversorgung tätig.[88]

119. Um Streitpunkte hinsichtlich der Anwendbarkeit des kartellrechtlichen Instrumentariums auszuräumen und insoweit Rechtssicherheit zu schaffen, müsste in § 31 RefE klargestellt werden, dass auch Wassergebühren der besonderen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht unterliegen. Nur mithilfe einer solchen Regelung kann verhindert werden, dass Kommunen und andere Gebietskörperschaften das Kartellrecht aushebeln und Verbraucher nachhaltig schädigen.

120. Die Monopolkommission schließt sich ferner zwei Anliegen des Bundeskartellamtes an.[89] Zum einen sollte den zuständigen Kartellbehörden auch im Rahmen des § 31 RefE die Befugnis erteilt werden, Feststellungen für die Vergangenheit zu treffen und gegebenenfalls Rückzahlungen an die Verbraucher anzuordnen. Zum anderen ist für alle Missbrauchsverfügungen in der Wasserversorgung die sofortige Vollziehbarkeit von behördlichen Missbrauchsverfügungen zu gewährleisten. Die Frage der sofortigen Vollziehbarkeit kann nicht davon abhängig sein, ob die Maßnahme auf § 19 GWB gestützt wird und damit sofort vollziehbar ist oder gemäß § 31 Absatz 6 RefE ergeht. Für eine abweichende Behandlung der Missbrauchsverfügung nach § 31 RefE ist kein sachlicher Grund ersichtlich. Auch im Referentenentwurf fehlt eine entsprechende Begründung.

121. Der Referentenentwurf verkennt schließlich, dass die Situation in der deutschen Wasserwirtschaft in erster Linie nicht für den Einsatz eines kartellrechtlichen Instrumentariums, sondern für eine sektorspezifische Regulierung spricht. Die Trinkwasserversorgung ist im Bereich der Distribution durch stationäre Leitungsnetze mit der Folge charakterisiert, dass jeder Wasserversorger typischerweise ein natürlicher Monopolist in seinem Gebiet ist. Die Möglichkeit des jeweiligen Monopolisten, seine Entgelte zu erhöhen, wird nicht durch potenzielle Wettbewerber beschränkt: Einerseits ist der Aufbau paralleler Leitungsnetze unwirtschaftlich. Andererseits ist aufgrund der relativ hohen Transportkosten bei der Wasserversorgung nicht zu erwarten, dass Durchleitungswettbewerb zu einem nennenswerten Preisdruck auf die etablierten Trinkwasseranbieter führen wird. Die kartellrechtliche Preishöhenmissbrauchsaufsicht ist grundsätzlich auf punktuelle Eingriffe gegenüber einzelnen marktbeherrschenden Unternehmen in Märkten angelegt, die im Übrigen wettbewerblich ausgerichtet sind. Periodisch wiederkehrende Vergleiche und Entgeltkontrollen sind dagegen sinnvollerweise Aufgabe einer sektorspezifischen Regulierung. Auf dieser Basis lässt sich eine dauerhafte, kontinuierliche und branchenweite Entgeltkontrolle am besten gewährleisten. Im Übrigen ist auch insoweit durch entsprechende gesetzliche Vorgaben festzulegen, dass sowohl Wasserpreise als auch Wassergebühren derselben Kontrolle unterliegen.

122. Die vorgeschlagene Regulierung ist nicht an einem Ist-Kostenstandard, sondern explizit an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auszurichten. Zur Bestimmung der Erlösobergrenzen müssen geeignete Benchmarking-Methoden eine Vergleichbarkeit der Trinkwasserversorger in Deutschland herstellen. Als dauerhaft nicht zu beeinflussende Kostenbestandteile sind insbesondere solche Kosten zu berücksichtigen, die sich aus unvermeidbaren strukturellen Unterschieden bei der Aufbereitung von Wasser in der gebotenen Qualität und bei den Distributionskosten ergeben. Unterschiede bei den unspezifischen Gemeinkosten dürfen hingegen nicht berücksichtigt werden. Bei einer derartigen Ausgestaltung der Anreizregulierung kann sich der heute noch extrem fragmentierte deutsche Trinkwassermarkt mittelfristig neu ordnen. Insbesondere haben Wasseranbieter Anreize, bei ineffizient hohen unspezifischen Gemeinkosten ihre Aktivitäten mit anderen Anbietern zusammenzuführen und so Größenvorteile besser auszuschöpfen. Dies kann ebenfalls erreicht werden, wenn durch die Zusammenlegung von Netzverwaltungen Rationalisierungsmöglichkeiten genutzt werden. Auch das Outsourcing bestimmter Aufgaben, etwa der Rechnungsstellung oder des Messwesens an externe, hochspezialisierte Unternehmen kann zu einer Erhöhung der Effizienz auf dem deutschen Wassermarkt führen.

123. Die Zuständigkeit für die Entgeltkontrolle sollte jedenfalls in der Einführungsphase bei der Bundesnetzagentur liegen. Entscheidend für eine Bundeskompetenz auf diesem Gebiet ist die Notwendigkeit, die Daten möglichst vieler Wasserversorger zu Vergleichen heranziehen zu können, sowie die bereits bei der Bundesnetzagentur bestehende Methodenkompetenz und die erheblichen Skalenvorteile einer einheitlichen Regulierung. Dafür spricht ferner, dass die Bundesnetzagentur als unabhängige Behörde der politischen Einflussnahme weit weniger ausgesetzt sein dürfte als zumindest einige der Regulierungsinstitutionen auf Ebene der Bundesländer. Erst nach der Etablierung eines einheitlichen sektorspezifischen Regulierungsrahmens könnte daran gedacht werden, Handlungskompetenzen an die Länder abzugeben. Soweit landespolitische Widerstände eine aus Effizienzgesichtspunkten sachgerechte bundeseinheitliche Lösung unmöglich machen sollten, bliebe als zweitbeste Lösung

---

[87] BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010, KVR 66/08 „Wasserpreise Wetzlar“.

[88] OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 20. September 2011, II W 24/11 (Kart).

[89] Vgl. BKartA, Stellungnahme zum Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle, 30. November 2011, S. 20.

die bereits im Energierecht praktizierte Möglichkeit einer Organleihe von Bundesländern an die Bundesnetzagentur. Hierbei wäre die für eine effektive Anreizregulierung notwendige Datenbasis mittels einheitlicher Datenerhebungs- und -weiterleitungspflichten der Landesregulierungsbehörden sicherzustellen. Die Entgeltregulierung bliebe – wie bislang – von der technischen, an qualitativen Kriterien ausgerichteten Regulierung getrennt. Diese würde weiterhin durch die Gesundheitsämter ausgeübt.

6 Kartellordnungswidrigkeitenrecht

124. Den rechtlichen Rahmen für die Kartellverfolgung bildet in Deutschland das allgemeine Ordnungswidrigkeitenrecht, das durch einige Vorschriften im GWB modifiziert wird. Nach den Erfahrungen des Bundeskartellamtes tritt in der Praxis der Kartellahndung eine Reihe von Problemen auf, die die Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung insgesamt gefährden. In seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf spricht das Amt unter anderem zwei Kernprobleme an – die mangelnde Regelung bei der Rechtsnachfolge eines mit Bußgeld belegten Unternehmens und die fehlende Haftung im Konzern.[90] Das Bundeskartellamt hält eine Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen insofern für zwingend erforderlich. Der vorliegende Referentenentwurf enthält bislang weder eine Regelung zur Rechtsnachfolge noch zur Konzernhaftung. BMWi und BMJ beabsichtigen allerdings, zu dem Regelungskomplex der Rechtsnachfolge bei der Bußgeldhaftung kurzfristig einen Vorschlag vorzulegen.

125. Das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht knüpft an ein Handeln natürlicher Personen an, § 9 OWiG. Eine Verhängung von Bußgeldern gegenüber juristischen Personen oder Personenvereinigungen kann gemäß § 30 OWiG erfolgen, sofern ein für diese handelndes Organ eine Ordnungswidrigkeit, hier also einen Verstoß gegen das GWB oder das europäische Kartellrecht, begangen hat. Ausdrückliche Regelungen über die Rechtsnachfolge – sei es in Form der Gesamtrechtsnachfolge oder der Einzelrechtsnachfolge – enthält das Gesetz nicht.

126. Die Rechtsprechung hat sich bislang nur mit der Frage der Gesamtrechtsnachfolge befasst und hält diese unter restriktiven Voraussetzungen für gegeben.[91] Der BGH bejaht eine Rechtsnachfolge in die Bußgeldhaftung über § 30 OWiG, wenn zwischen der früheren und der neuen Vermögensverbindung nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise nahezu Identität besteht. Von einer wirtschaftlichen Identität in diesem Sinne sei auszugehen, wenn das Vermögen in gleicher oder ähnlicher Weise wie bisher eingesetzt werde und in der neuen juristischen Person einen wesentlichen Teil des Gesamtvermögens ausmache. Sowohl das OLG Düsseldorf als auch der BGH haben jüngst festgestellt, dass eine extensive Auslegung des § 30 OWiG wegen des Analogieverbots gemäß Artikel 103 Absatz 2 GG und § 3 OWiG nicht in Betracht komme. Allerdings bewerten beide Gerichte die geltende Rechtslage als unbefriedigend und lückenhaft und verweisen insofern auf die Verantwortung des Gesetzgebers.

Wirtschaftliche Identität liegt nach den genannten Grundsätzen unzweifelhaft vor, wenn das übernommene Vermögen (nahezu) das gesamte Vermögen des neuen Unternehmens bildet. Dasselbe gilt, wenn die übernommene Vermögensmasse quantitativ und qualitativ das Vermögen der übernehmenden juristischen Person derart prägt, dass man darin das übernommene Vermögen wiedererkennt. Hingegen reicht die bloße Aufnahme in ein erweitertes Unternehmen oder aber eine wirtschaftliche Fortführung von wesentlichen Teilen des übernommenen Unternehmens für die Annahme einer Rechtsnachfolge nicht aus. Es fehlt ebenfalls an der wirtschaftlichen Identität, wenn zwei Unternehmen mit annähernd gleicher Größe und fast identischen Marktanteilen fusionieren und deren Geschäftsbereiche zusammengeführt werden. Schließlich kommt eine Zurechnung des Vermögens von einzelnen konzernabhängigen Schwestergesellschaften im Verhältnis zueinander nicht in Betracht.

127. Aus den vorstehenden Ausführungen wird deutlich, dass kartellbeteiligte Unternehmen sich auf relativ einfache Weise und in nahezu allen Fällen einer gegen sie verhängten Kartellbuße entziehen können. Sie müssen lediglich eine geeignete Form der Umstrukturierung oder Veräußerung wählen. Es ist offensichtlich, dass diese Situation dem Ziel des Gesetzes widerspricht. Nach der Rechtsprechung des BGH soll die Bestimmung des § 30 OWiG das rechtlich selbstständige, in erster Linie zu bestimmten wirtschaftlichen Zwecken eingesetzte und verselbstständigte Vermögen der Gesellschaft treffen.[92] § 30 OWiG stelle keine Sanktion für eine Pflichtverletzung der Mitglieder der Gesellschaft dar, vielmehr sei es das vorrangige Ziel von § 30 OWiG zu garantieren, dass der juristischen Person, der die Vorteile aus dem Verhalten ihrer Organe zufließen, auch die Nachteile, die aus einer im Rahmen dieses Verhaltens begangenen Ordnungswidrigkeit folgen, zukommen. Hiernach erscheint auch die Haftung eines Rechtsnachfolgers sachlich begründet.

128. Die geltende Rechtslage ist darüber hinaus deshalb äußerst unbefriedigend, weil sie eine wirksame Kartellahndung vereitelt und weil Bemühungen des Gesetzgebers und der Wettbewerbsbehörden, die Kartellverfolgung effektiver zu gestalten, ins Leere zu laufen drohen. So hat der Gesetzgeber in den letzten Jahren das Bußgeldrecht im Rahmen des GWB reformiert, während das Bundeskartellamt neue Beschlussabteilungen gebildet hat, deren Ressourcen ausschließlich für die Kartellverfolgung eingesetzt werden. Die gegenwärtige Situation ist ferner vor dem Hintergrund als problematisch anzusehen, dass das europäische Kartellrecht eine effektive Durchsetzung seitens der Mitgliedstaaten fordert. Schließlich ist die Kartellverfolgung durch die nationalen Wettbewerbsbe-

[90] Vgl. BKartA, Stellungnahme zum Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle, 30. November 2011, S. 11, 13.

[91] BGH, Beschluss vom 11. März 1986, KRB 10/85, WuW/E 2267 „Angebotsliste“; BGH, Beschluss vom 10. August 2011, KRB 55/10 „Versicherungsfusion“; OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Januar 2010, VI-Kart 55/06 (Owi).

[92] BGH, Beschluss vom 11. März 1986, KRB 10/85, WuW/E 2267 „Angebotsliste“.

hörden in ein europäisches Behördennetz mit parallelen Zuständigkeiten eingebettet und es steht zu befürchten, dass sich die mangelnde Wirksamkeit der Kartellverfolgung in Deutschland bei der Zuständigkeitsverteilung zulasten der nationalen Wettbewerbsbehörden auswirkt.

129. Aus diesen Gründen ist die Ankündigung von BMWi und BMJ nachdrücklich zu begrüßen, kurzfristig einen abgestimmten Vorschlag zur Rechtsnachfolge in der Bußgeldhaftung vorzulegen. Eine entsprechende Regelung sollte sowohl die Gesamt- als auch die Einzelrechtsnachfolge umfassen, da andernfalls die Gefahr einer Umgehung seitens der kartellbeteiligten Unternehmen besteht. Außerdem ist es erforderlich, das Verhältnis der Haftung zwischen Rechtsvorgänger und Rechtsnachfolger zu bestimmen.

Auch die vom Bundeskartellamt im Zusammenhang mit der ungeklärten Haftung im Konzern vorgetragene Umgehungsproblematik ist als schwerwiegend zu betrachten. Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, in deren Folge eine drohende bußgeldrechtliche Sanktionierung unterlaufen werden kann, dürften in der Praxis vor allem innerhalb eines Konzerns bestehen. BMWi und BMJ sind aufgefordert, auch insofern Regelungen zu entwickeln. Diese müssen geeignet sein, im Einklang mit geltendem Gesellschafts- und Verfassungsrecht eine Umgehung von verhängten Bußgeldern durch einfache Umstrukturierungsmaßnahmen innerhalb des Konzerns zu verhindern.

7 Weiterer Regelungsbedarf

7.1 Anwendung des Kartellrechts auf die gesetzlichen Krankenkassen

130. Ein wettbewerbsrechtlich besonders wichtiges Thema von hoher Aktualität, das jedoch im Referentenentwurf nicht aufgegriffen wird, betrifft die Anwendung des Kartellrechts in bestimmten Bereichen des Gesundheitssystems. In ihrem letzten Hauptgutachten hat sich die Monopolkommission ausführlich mit den Wettbewerbsdefiziten in der gesetzlichen Krankenversicherung auseinandergesetzt. Hierbei hat sie unter anderem beträchtliche Lücken im Anwendungsbereich von Kartellverbot, Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle aufgedeckt und entsprechende Lösungsvorschläge unterbreitet, für die sie nach wie vor dringenden Bedarf sieht.[93] Zwischenzeitlich hat sich die wettbewerbliche Schutzlücke im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung nochmals verschärft. Ende des Jahres 2011 veranlasste ein neues Urteil des Hessischen Landessozialgerichts das Bundeskartellamt zu der Ankündigung, auf der Basis der bestehenden Rechtslage in Zukunft Zusammenschlussvorhaben zwischen gesetzlichen Krankenkassen nicht mehr zu prüfen.[94] Um den Schutz vor Marktmacht im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung aufrechtzuerhalten, ist daher eine Anpassung der Rechtslage dringend erforderlich. Da der vorliegende Referentenentwurf keinerlei Vorschläge für die allgemeine Anwendung des Kartellrechts auf die gesetzlichen Krankenkassen enthält, sieht die Monopolkommission hier wichtigen Nachbesserungsbedarf.

131. Die gesetzlichen Krankenkassen stehen auf dem Versicherungsmarkt mit ihrem Angebot im Preis- und Qualitätswettbewerb um Versicherte. Auf dem Leistungsmarkt kaufen sie die Dienstleistungen von Ärzten, Produkte von Pharmafirmen und weitere Leistungen ein. Die zunehmenden Möglichkeiten der Kassen, individuell zu handeln, hat einen sich sukzessive verstärkenden Wettbewerbs- und Leistungsdruck zur Folge, durch den Effizienzpotenziale im Gesundheitswesen erschlossen werden sollen. Allerdings nimmt dabei auch der Anreiz für die Kassen zu, sich durch individuell oder kollektiv wettbewerbsbeschränkendes Verhalten Vorteile am Markt zu verschaffen. Als Beispiele seien mögliche Absprachen der Kassen bei der Beitragserhebung, die Koordination der Kassen auf den Beschaffungsmärkten, die Möglichkeit der Diskriminierung von Anbietern oder unkontrollierte Fusionen zum Aufbau von marktbeherrschenden Stellungen genannt. Mit der sukzessiven Einführung von Wettbewerbselementen in das Gesundheitswesen hat sich das Erfordernis, gegen wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen vorzugehen, deutlich verschärft. Ein kartellrechtlicher Schutzbedarf ergibt sich sowohl im Verhältnis der Krankenkassen zu ihren Mitgliedern auf dem Versicherungsmarkt als auch zu den Leistungserbringern auf dem Leistungsmarkt. Daneben ist das Verhältnis der Krankenkassen untereinander betroffen, da eine zunehmende Konzentration der Kassen ebenfalls den Wettbewerb stören kann.

132. Die Anwendbarkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts auf gesetzliche Krankenkassen wird heute durch verschiedene rechtliche Schranken und Unklarheiten gehemmt oder sogar aufgehoben. So ist die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts durch die Rechtsprechung des EuGH zur fehlenden Unternehmenseigenschaft von gesetzlichen Krankenkassen auch auf dem Beschaffungsmarkt – jedenfalls gegenwärtig – ausgeschlossen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, inwieweit Einschränkungen, die aus der Auslegung des europäischen Wettbewerbsrechts folgen, auch auf die Anwendbarkeit der deutschen Kartellrechtsnormen wirken. Unklar ist insbesondere, ob durch die Rechtsprechung des EuGH zur fehlenden Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen nach europäischem Recht auch die Anwendung des deutschen Kartellrechts eingeschränkt ist. Schließlich wird der Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts durch die Vorschrift des § 69 Absatz 1 SGB V beschränkt, wonach das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern und ihren jeweiligen Verbänden ausschließlich durch das SGB V geregelt wird. In Bezug auf die Anwendung des Kartellrechts enthält § 69 Absatz 2 Satz 1 SGB V bestimmte Ausnahmen von dieser Bereichsausnahme, die durch § 69 Absatz 2 Satz 2 und 3 SGB V wiederum eingeschränkt werden. Die Einschränkung bezieht sich im Wesentlichen auf solche Verträge auf dem Leistungsmarkt, welche die

---

[93] Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a.a.O., Tz. 1193 ff., 1236.

[94] http://www.zeit.de/wirtschaft/2011-11/krankenkasse-fusion-kartellamt.

kollektivvertragliche Beschaffungstätigkeit betreffen. Streitig ist außerdem, ob auch die Anwendung der Fusionskontrolle auf die freiwillige Vereinigung gesetzlicher Krankenkassen ausgeschlossen ist. Kontrovers diskutiert wird schließlich, welche Behörde – Bundeskartellamt oder Bundesversicherungsamt – für die Anwendung der kartellrechtlichen Normen zuständig ist. Ebenfalls unterschiedlich beurteilt wird die Frage, ob der Rechtsweg zu den Zivilgerichten oder den Sozialgerichten eröffnet ist.

133. Aus der jüngeren Zeit sind vor allem zwei wichtige Entwicklungen zu nennen. Erstens wurde im Dezember 2010 durch das Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz in § 69 Absatz 2 SGB V die entsprechende Anwendung der deutschen Wettbewerbsregeln um das Kartellverbot und die diesbezüglichen Sanktionsbefugnisse des GWB erweitert.[95] Gleichzeitig wurde § 87 Satz 3 GWB gestrichen, der für die in § 69 Absatz 1 SGB V geregelten Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern die Zuständigkeit der Sozialgerichte festlegte. Für diesen Teilbereich hat der Gesetzgeber nunmehr Klarheit über den einzuschlagenden Rechtsweg geschaffen.

Zweitens hat das Hessische Landessozialgericht im September 2011 ein Urteil erlassen, in dem es die Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen auf dem Versicherungsmarkt verneinte.[96] Für die Rechtsaufsicht über die Krankenkassen sei ausschließlich das Bundesversicherungsamt zuständig, eine parallele Zuständigkeit des Bundeskartellamtes zur Anwendung wettbewerbsrechtlicher Normen bestehe nicht. Entsprechende Maßnahmen des Bundeskartellamtes stellen nach Ansicht des Gerichts eine Verletzung des Selbstverwaltungsrechts der Kassen dar. Da es weder für das Handeln der Krankenkassen untereinander noch im Verhältnis zu den Versicherten eine ausdrückliche Rechtsgrundlage – vergleichbar mit § 69 Absatz 2 SGB V für den Leistungsmarkt – gebe, sei die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts insoweit ausgeschlossen. Das Bundeskartellamt nahm das dargestellte Urteil und die wiederholte Feststellung der fehlenden Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts seitens des Bundessozialgerichts[97] zum Anlass für die Ankündigung, Zusammenschlussvorhaben zwischen gesetzlichen Krankenkassen in Zukunft nicht mehr zu prüfen.

134. Vor diesem Hintergrund bekräftigt die Monopolkommission ihre Auffassung, wonach gesetzliche Krankenkassen auf sämtlichen Märkten als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts zu bewerten sind.[98] So ist auf dem Leistungsmarkt – in Einklang mit der langjährigen Rechtsprechung des BGH – weiterhin von einem geschäftlichen Handeln der Krankenkassen auszugehen. Der Schutzzweck des GWB gebietet es, alle Marktteilnehmer einzubeziehen. Keinesfalls werden dabei die Anbieter auf Vorleistungsmärkten ausgeschlossen, die im Gesundheitswesen durch das GWB einerseits gegen Kollusion, andererseits gegen Diskriminierung oder Verschluss des Marktzugangs durch marktbeherrschende bzw. marktmächtige Krankenkassen zu schützen sind. Die Monopolkommission sieht es ferner als sachgerecht an, auch auf dem Versicherungsmarkt eine geschäftliche Tätigkeit der Krankenkassen anzunehmen und ihre Unternehmenseigenschaft zu bejahen. Dies folgt bereits aus dem Zweck der Reformmaßnahmen, die seit der Einführung der freien Kassenwahl erfolgt sind und den Kassen individuelle Handlungsmöglichkeiten eröffnen. Soll der angestoßene Wettbewerbsprozess zu den gewünschten gemeinwohlfördernden Ergebnissen führen, ist er analog zu anderen Märkten vor Konzentrationstendenzen und Beschränkungen zu schützen.

135. Daher erneuert die Monopolkommission ihre Forderung, die Vorgaben über die Anwendung des Wettbewerbsrechts im Gesundheitswesen an ein eindeutiges und konsistenzgebendes Leitbild anzupassen.[99] Zu diesem Zweck ist es notwendig, die Krankenkassen grundsätzlich dem Wettbewerbsrecht zu unterstellen, wenn sie wettbewerblich am Markt agieren sollen. Ausnahmen sind auf die Bereiche zu begrenzen, in denen die Kassen aufgrund ihres hoheitlichen Versorgungsauftrags zu kollektivem Handeln verpflichtet sind. Wettbewerblich sollen die Krankenkassen zum einen auf dem Versicherungsmarkt auftreten, zum anderen auf dem Leistungsmarkt, sofern selektivvertragliche Leistungsbereiche betroffen sind. Um der Unsicherheit entgegenzuwirken, ob das Handeln der Krankenkassen unternehmerisches Handeln im Sinne des Kartellrechts ist, sollte nach Auffassung der Monopolkommission der Charakter dieses Handelns im Gesetz definiert werden. Da so gleichzeitig eine klare Trennung zwischen der Anwendung des GWB als Grundregel und den klar bezeichneten Ausnahmen zur Wahrung solidarischer Aufgaben festgelegt wird, kann die spezifische Definition des Anwendungsbereichs des Kartellrechts in § 69 SGB V entfallen.

136. Die Monopolkommission schlägt daher vor, in § 4 SBG V zwischen Absatz 1 und 2 einen neuen Absatz aufzunehmen, der folgenden Wortlaut haben könnte:

„Das Handeln der gesetzlichen Krankenkassen ist unternehmerisches Handeln im Sinne des GWB. Ausnahmen sind solche Bereiche, in denen die Kassen zur Erfüllung ihres Versorgungsauftrags zu kollektivem Handeln verpflichtet sind. Dies gilt insbesondere für Verträge zwischen Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind und bei deren Nichtzustandekommen eine Schiedsamtsregelung gilt.“

---

[95] Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung, 22. Dezember 2010, BGBl. I S. 2262.
[96] LSG Hessen, Urteil vom 15. September 2011, L 1 KR 89/10 KL.
[97] Zuletzt BSG, Urteil vom 22. Juni 2010, B 1 A 1/09 R.
[98] Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a.a.O., Tz. 1204.
[99] Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a.a.O., Tz. 1217 ff., 1236 ff.

137. Durch die vorgeschlagenen Änderungen wird das Handeln der Krankenkassen dem Handeln von Unternehmen auf anderen Märkten gleichgestellt und der Wettbewerb geschützt. Eine grundsätzliche Ausnahme bildet der kollektivvertragliche Leistungsbereich, der auch künftig dazu dienen soll, besondere Aufgaben des Versorgungsauftrags der gesetzlichen Krankenversicherung gemeinsam zu erfüllen. Um künftige Unklarheiten über die Kompetenzverteilung zu verhindern, sollte außerdem die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes und der Kartellzivilgerichte für die Anwendung der allgemeinen Wettbewerbsregeln im Gesetz festgeschrieben werden. Für die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes sprechen schon die langjährigen Erfahrungen des Amtes im Hinblick auf die Ahndung von Kartellverstößen und missbräuchlichem Verhalten sowie auf die Prüfung von Zusammenschlüssen. Außerdem verfügt die Behörde über alle notwendigen Befugnisse und Sanktionsmöglichkeiten, um das Wettbewerbsrecht effektiv durchzusetzen.

7.2 Einrichtung einer deutschen Markttransparenzstelle

138. Forderungen nach Errichtung einer nationalen Markttransparenzstelle finden sich bereits im Koalitionsvertrag.[100] Hiernach soll eine Markttransparenzstelle eingerichtet werden, um die wettbewerblichen Strukturen auf den Energiemärkten zu verbessern, indem insbesondere im Stromgroßhandel eine zeitnahe und transparente Preisbildung gewährleistet wird. Im Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle findet die Markttransparenzstelle keine Erwähnung. Laut dem Eckpunktepapier zur 8. GWB-Novelle soll zur Errichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas ein gesonderter Gesetzentwurf vorgelegt werden.[101] Die Markttransparenzstelle soll als zentrale Sammelstelle beim Bundeskartellamt angesiedelt werden, fortlaufend marktrelevante Daten erheben, sammeln und analysieren[102] und spätestens 2013 ihre Tätigkeit aufnehmen.[103]

139. Hinsichtlich der Errichtung einer deutschen Markttransparenzstelle bekräftigt die Monopolkommission ihre Haltung und ihre Forderungen aus dem letzten Energie-Sondergutachten.[104] Sie begrüßt die jüngsten Entwicklungen auf europäischer Ebene, die der Beseitigung bestehender Hindernisse für den Energie-Binnenmarkt dienen. So hat die Europäische Agentur für die Zusammenarbeit der Regulierungsbehörden „Agency for the Cooperation of Energy Regulators“ (ACER) im Zuge der Umsetzung des Dritten Energie-Binnenmarktpaketes ihre Arbeit in Ljubljana aufgenommen.[105] Des Weiteren ist am 28. Dezember 2011 die EU-Verordnung über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarktes (REMIT) in Kraft getreten.[106] Angesichts immer stärker vernetzter europäischer Energiemärkte sollte eine effektive Beaufsichtigung der Energiemärkte im europäischen Verbund stattfinden.

140. Die Einrichtung einer – vorerst zeitlich begrenzten – deutschen Markttransparenzstelle erscheint der Monopolkommission dennoch erwägenswert. Sie könnte über eine reine Datensammlung und -auswertung hinaus die Abstimmung der zuständigen Behörden Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur sowie der Landesbörsenaufsicht bei der arbeitsteiligen Beaufsichtigung des Energiehandels stärken und intensivieren; bei entsprechender institutioneller Ausgestaltung ließe sich so eine Dynamisierung der Aufsicht über den Energiehandel erreichen.

141. Der Mehrwert einer solchen Stelle gegenüber der in der EU-Verordnung REMIT vorgesehenen Kooperation zwischen der Bundesnetzagentur und ACER hängt ganz entscheidend von ihrer institutionellen Ausgestaltung ab. Die Monopolkommission sieht in den in die Ausgestaltung von ACER eingeflossenen Ideen[107] geeignete Anknüpfungspunkte, die auch auf nationaler Ebene berücksichtigt werden sollten. Vor diesem Hintergrund empfiehlt sie, eine deutsche Markttransparenzstelle von den rechtsanwendenden Behörden unabhängig einzurichten und lediglich organisatorisch dem Bundeskartellamt oder der Bundesnetzagentur anzugliedern. Hierdurch könnten Flexibilität und Dynamik, insbesondere bei der Fortentwicklung der Datenerfassung und -analyse, weitestmöglich gefördert werden. Geeignet für eine solche Funktion erscheint eine Zusammensetzung des Personals aus „festen“ Mitarbeitern der Markttransparenzstelle und aus von den betroffenen Behörden abgeordneten qualifizierten Mitarbeitern. Eine entsprechende Stelle hätte auf diese Weise sehr gute Voraussetzungen, um als Plattform einer breiteren Kooperation zwischen den relevanten Landes- und Bundesbehörden zu dienen.

---

[100] Vgl. Wachstum. Bildung. Zusammenhalt – Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP, Berlin, 26. Oktober 2009, S. 30.

[101] Vgl. BMWi, Eckpunkte einer 8. GWB-Novelle, 1. August 2011, S. 1.

[102] Vgl. Energiekonzept der Bundesregierung für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung vom 28. September 2010, S. 17.

[103] Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgerodneten Ingrid Nestle, Bärbel Höhn, Kerstin Andreae, weiterer Abgeordneter und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen – Bundestagsdrucksache 17/7904 – Die Markttransparenzstelle und die Überwachung des Energiemarktes, Bundestagsdrucksache 17/8092, S. 2.

[104] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a.a.O., Tz. 634 ff.

[105] EU-Energiekommissar Günther Oettinger und Sloweniens Ministerpräsident Borut Pahur haben am 3. März 2011 die europäische Energieagentur ACER in Ljubljana eröffnet; vgl. EU-Kommission, Weiterer Auftrieb für den Binenmarkt: Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden nimmt in Slowenien Arbeit auf, Pressemitteilung vom 2. März 2011, IP/11/246. Für das Jahr 2013 ist geplant, dass ACER aus 40 befristeten Mitarbeitern bestehen soll. http://www.acer.europa.eu/portal/page/portal/ACER_HOME/The_Agency/Organisation/Organisation_chart [Abruf: 11. Januar 2012].

[106] Verordnung (EG) Nr. 1227/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarkts, ABl. EU Nr. L 326 vom 8. Dezember 2011, S. 1.

[107] Verordnung (EG) Nr. 713/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, ABl. EU Nr. L 211 vom 14. August 2009, S. 1, dort insbesondere die Erwägungsgründe sowie Artikel 12 ff.

7.3 Stellungnahmerecht des Bundeskartellamtes im Gesetzgebungsverfahren

142. Der Entwurf zur Änderung des GWB vom Januar 2010 sah in § 53a eine Ermächtigung des Bundeskartellamtes vor, zu Gesetzesvorhaben aus wettbewerblicher Sicht Stellung zu nehmen. Die Befugnis zur Äußerung sollte alle Gesetze im materiellen Sinne erfassen, also neben formellen Gesetzen auch Rechtsverordnungen und Allgemeinverbindlicherklärungen. Die Implementierung eines behördlichen Stellungnahmerechts wird im jetzt vorliegenden Referentenentwurf nicht mehr erwähnt.

143. Die Monopolkommission hat sich bereits anlässlich des erwähnten Entwurfs zur Änderung des GWB für die Einführung eines gesetzlich verankerten Stellungnahmerechts des Bundeskartellamtes ausgesprochen.[108] Sie hält es für sinnvoll, dem Bundeskartellamt als der für die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts zuständigen Bundesbehörde ein generelles Anhörungsrecht bei legislativen Maßnahmen, die Auswirkungen auf wettbewerbsrelevante Sachverhalte haben können, einzuräumen. Als fachlich unabhängige und ausschließlich dem Wettbewerbsschutz verpflichtete Behörde kann das Bundeskartellamt die potenziell wettbewerbsfördernden und wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen auf die Produktmärkte und auf die Verbraucher deutlich machen und dadurch die Entscheidungsgrundlage des Gesetzgebers wesentlich verbessern. Zwar äußert sich das Bundeskartellamt auch derzeit schon in wichtigen Gesetzgebungsverfahren, die gesetzliche Verankerung eines Stellungnahmerechts würde der Position des Bundeskartellamtes allerdings noch größeres Gewicht verleihen und den Wettbewerbsgedanken insgesamt aufwerten. Auch im Ausland ist vielfach den jeweiligen nationalen Wettbewerbsbehörden die Aufgabe der wettbewerblichen Folgenabschätzung gesetzlich übertragen. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass mit dem Äußerungsrecht nur eine Befugnis, aber keine Verpflichtung des Bundeskartellamtes verbunden ist. Die Ausgestaltung als Befugnisnorm ermöglicht es dem Amt, seine begrenzten Ressourcen auf für den Wettbewerb besonders bedeutende Gesetzesvorhaben zu fokussieren.

8 Empfehlungen der Monopolkommission

144. Die Monopolkommission kommt in diesem Gutachten zu folgenden Empfehlungen:

– Die Monopolkommission spricht sich für den Übergang vom Marktbeherrschungstest zum SIEC-Test in der deutschen Fusionskontrolle aus. Auf diese Weise wird die Integration neuer ökonomischer Erkenntnisse in die fusionskontrollrechtliche Prüfung erleichtert sowie eine zweifelsfreie und flexible Erfassung aller Zusammenschlüsse, die sich potenziell negativ auf den Wettbewerb auswirken, ermöglicht. Mit der Übernahme des SIEC-Tests können außerdem bestehende Schwächen des Marktbeherrschungskonzepts abgemildert werden.

– Die Aufnahme eines ausdrücklichen Effizienzeinwands nach europäischem Vorbild in die deutsche Fusionskontrolle ist abzulehnen. Effizienzgewinne und sonstige positive Auswirkungen von Zusammenschlüssen können bereits nach geltender Rechtslage – jedenfalls teilweise – berücksichtigt werden. Gegen eine weitergehende, einzelfallbezogene Effizienzprüfung sprechen deren relativ hohe Kosten im Vergleich zu dem geringen damit verbundenen Nutzen. Der Gesetzgeber sollte eine entsprechende Klarstellung in die Gesetzesbegründung aufnehmen.

– Die Instrumente der Abwägungsklausel und der Ministererlaubnis sind beizubehalten. Ohne die Abwägungsklausel entfiele die Möglichkeit, im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung Wettbewerbsverbesserungen auf Drittmärkten zu berücksichtigen. Auch die Abschaffung der Ministererlaubnis würde beträchtliche Nachteile mit sich bringen. So sichert das zweistufige Verfahren die Transparenz der Entscheidungen und trägt zur Unabhängigkeit des Bundeskartellamtes bei. Da die Abwägung zwischen rein wettbewerblichen Aspekten und sonstigen Zielen eine politische Entscheidung ist, muss hierfür eine politisch legitimierte Instanz die Verantwortung tragen.

– Die spezifisch deutschen Zusammenschlusstatbestände in § 37 GWB haben sich bewährt und sollten nicht aufgegeben werden. Die Tatbestände des Vermögens- und Anteilserwerbs gewährleisten regelmäßig ein hohes Maß an Praktikabilität und fördern die Vorhersehbarkeit für die Unternehmensseite. Soweit das nationale Recht Minderheitsbeteiligungen in stärkerem Maß als die europäische Fusionskontrollverordnung erfasst, ist dies zu begrüßen. Zweifellos können auch die vom GWB erfassten Formen von Minderheitsbeteiligungen zu Wettbewerbsbehinderungen führen. Die 25-Prozent-Grenze des § 37 Absatz 1 Nummer 3 lit. b GWB sorgt insoweit für ein hohes Maß an Rechtssicherheit, der Tatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses in § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB schützt vor Umgehungsstrategien der Unternehmen.

– Die Marktbeherrschungsvermutungen behalten auch unter dem SIEC-Test ihre wettbewerbspolitische Funktion. Im behördlichen Verfahren üben sie eine gewisse Signalwirkung aus und tragen dazu bei, dass die Zusammenschlussparteien alle entscheidungserheblichen Informationen vollständig und rechtzeitig übermitteln; dies ist angesichts der kurzen Prüffristen unerlässlich. Außerdem geht von den Vermutungstatbeständen eine nicht unerhebliche Vorfeldwirkung aus. Im Kartellprozess tragen die Vermutungen dazu bei, dass die Gerichte ihre Prüfung fokussieren und praktikabel halten können.

  Die geplante Anhebung der Einzelmarktbeherrschungsvermutung von einem Drittel auf 40 Prozent ist wettbewerbspolitisch vertretbar.

– Die Verlagerung der Bagatellmarktklausel in die materielle Fusionskontrolle hat sowohl Vor- als auch

[108] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 58, a.a.O., Tz. 132 ff.

Nachteile. Einerseits wird die Feststellung der Anmeldepflicht erleichtert und von schwierigen Auslegungsfragen befreit. Andererseits steigen die Kosten der fusionskontrollrechtlichen Prüfung von Bagatellmärkten an. Die Monopolkommission betrachtet die Auswirkungen der vorgeschlagenen Änderungen als ambivalent. Bei einer Verankerung der Bagatellmarktklausel in der materiellen Fusionskontrolle wären die Implikationen über die optimale Höhe des Schwellenwertes zu bedenken.

– Zu begrüßen sind die Vorschläge im Zusammenhang mit den Nebenbestimmungen zu fusionskontrollrechtlichen Freigabeentscheidungen. Die Beibehaltung des Verbots der laufenden Verhaltenskontrolle wirkt sich positiv aus, weil eine solche Kontrolle hohe Kosten aufseiten der Wettbewerbsbehörden und der betroffenen Unternehmen sowie gegebenenfalls auch bei Dritten verursacht, die etwa bei strukturellen Nebenbestimmungen weitgehend vermieden werden können.

  Die geplante Regelung zur Fristverlängerung bei erstmaligem Zusagenangebot ist aufgrund des erheblichen zusätzlichen Ermittlungs- und Verhandlungsaufwands sachgerecht. Sie entspricht in etwa der europäischen Rechtslage in Phase-II-Verfahren.

– Die Vorschläge zur Pressefusionskontrolle sind in ihrer Gesamtheit wettbewerbspolitisch vertretbar. Mit der Absenkung der Presserechenklausel von 20 auf 8 verringert sich zwar die Zahl der Zusammenschlussvorhaben, die der Kontrolle seitens des Bundeskartellamtes unterliegen, deutlich. Positiv ist in diesem Zusammenhang indes zu werten, dass im Hinblick auf die Bagatellmarktklausel weiterhin der Multiplikationsfaktor 20 relevant ist. Wichtig ist zudem, dass die Anwendung der Anschlussklausel auch künftig ausgeschlossen bleibt.

– Die Monopolkommission begrüßt die Neufassung der Regelungen zur allgemeinen Missbrauchsaufsicht. Systematik und Verständlichkeit der Vorschriften werden dadurch erheblich verbessert.

– Die Monopolkommission hegt grundsätzliche Bedenken gegen die Vorschrift des § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB. Einerseits kann das gesetzgeberische Ziel – der Schutz von kleineren Konkurrenten des marktmächtigen Unternehmens – kaum erreicht werden. Andererseits reduzieren behördliche Eingriffe in die Konditionengestaltung den Wettbewerb zwischen den Handelsunternehmen, begünstigen bestehende Vertriebsstrukturen und führen häufig zu höheren Preisen für die Endverbraucher.

  Der Ausschluss großer Hersteller aus dem Schutzbereich der Vorschrift ist schon deshalb richtig, weil diese regelmäßig besser in der Lage sind als kleine und mittlere Produzenten, sich gegen sachlich ungerechtfertigte Forderungen des Einzelhandels zu wehren. Große Hersteller können meist günstiger produzieren als ihre kleineren Wettbewerber und besitzen häufig auch bessere Möglichkeiten, ihre Nachfrager zu wechseln.

– Das Auslaufen des Verbots von gelegentlichen Untereinstandspreisverkäufen von Lebensmitteln ist zu befürworten. Die Vorschrift ist ungeeignet, das gesetzgeberische Ziel hoher Lebensmittelqualität zu erreichen. Erstens führen höhere Preise im Einzelhandel nicht zwangsläufig zu Qualitätsverbesserungen im Handel selbst. Und zweitens kann sich der Druck auf die Erzeugerpreise sogar erhöhen, wenn Verkäufe zu Untereinstandspreisen nicht möglich sind.

  Gegen das Verbot von Untereinstandspreisverkäufen bestehen daneben grundsätzliche ordnungspolitische Vorbehalte, weil Untereinstandsangebote vor allem ein Marketinginstrument darstellen, das dem Endverbraucher in Form günstiger Preise zugute kommt. Verdrängungsstrategien sind in aller Regel nicht damit verbunden. Der Schutz kleiner und mittlerer Handelsunternehmen ist kaum erreichbar, da die filialisierten Großunternehmen des Handels allein aufgrund ihres Einkaufsvolumens häufig günstigere Einkaufskonditionen als ihre kleineren Konkurrenten erhalten und im Preiswettbewerb somit ohnehin Vorteile besitzen. Die Vorschrift hat sich in der zurückliegenden Behördenpraxis schließlich als wenig praktikabel erwiesen.

– Die Monopolkommission gibt zu bedenken, dass aus ökonomisch-theoretischer Perspektive die Nettowohlfahrtswirkungen eines Verbots von Preis-Kosten-Scheren keinesfalls eindeutig sind. Faktisch kommt es bei den zu erwartenden Wirkungen maßgeblich auf die Art der Umsetzung des Verbots und die Eigenschaften des jeweils betrachteten marktes an. Hinzu kommen ungeklärte Auslegungsfragen und beträchtliche faktische Probleme bei der Anwendung der Norm. Die Vorschrift sollte daher nur befristet – etwa für fünf weitere Jahre – verlängert werden, um weitere Erfahrungen mit ihrer Praktikabilität und ihren praktischen Wirkungen zu gewinnen.

  Nach Auffassung der Monopolkommission können etwaige Wettbewerbsprobleme auf den Tankstellenmärkten nur unter Einbeziehung der Raffinerieebene gelöst werden. Die Monopolkommission regt daher eine Sektoruntersuchung dieses hochkonzentrierten Marktes an.

– Die Vorschrift des § 29 GWB betreffend eine spezielle Missbrauchsaufsicht für Energiemärkte sollte in ihrer Geltung nicht verlängert werden, da sie die Entwicklung echten und wirksamen Wettbewerbs behindert. Nach den bisherigen Erfahrungen richtet sich die Fallpraxis insbesondere auf das einfacher zu kontrollierende Verhalten auf der letzten Stufe der Lieferkette im Strom- bzw. Gassektor. Bei dieser Stufe handelt es sich jedoch häufig um die Märkte des Energiesektors, auf denen sich der Wettbewerb am besten entwickelt. Durch die Vorschrift des § 29 GWB wird auf diesen Märkten die Chance auf Markteintritte reduziert und das Wechselverhalten der Kunden von etablierten Versorgern zu neuen Anbietern gebremst. Potenzielle wettbewerbliche Probleme auf vorgelagerten Ebenen lassen sich durch die Kontrolle der Endkundenmärkte für Strom und Gas ebenfalls nicht lösen. Schließlich

macht die Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes auch methodische Probleme bei der effizienten Kontrolle dieser Märkte deutlich.

– Die sektorspezifische Missbrauchsaufsicht nach § 29 GWB sollte auch nicht auf die Märkte für Fernwärme und Trinkwasser ausgeweitet werden. Zwar ist eine Aufsicht über die Entgelte in diesen Sektoren dringend erforderlich, da es sich im Gegensatz zu den Märkten für Strom und Gas bei der Fernwärme- und Wasserversorgung in der Regel um langfristig resistente Monopole handelt. Andererseits legen methodische Probleme bei der effektiven Anwendung allgemeiner Missbrauchsvorschriften und systematische Überlegungen nahe, eine dauerhafte Kontrolle dieser Sektoren im Rahmen von Regulierung umzusetzen. Die Aufsicht über Entgelte auf den Märkten für Fernwärme und Trinkwasser ist deshalb jeweils einer eigenen sektorspezifischen Regulierung zu unterstellen.

– Für die sektorspezifische Regulierung in der Trinkwasserversorgung hat die Monopolkommission detaillierte Vorschläge unterbreitet. Sie sollte im Wege einer Anreizregulierung erfolgen und – jedenfalls zunächst – bei der Bundesnetzagentur angesiedelt sein.

  Bis zur Umsetzung dieser Forderung üben die Kartellbehörden die besondere Missbrauchsaufsicht nach § 31 RefE aus. In das GWB ist die Befugnis der Kartellbehörden aufzunehmen, im Rahmen des § 31 RefE Feststellungen für die Vergangenheit zu treffen und gegebenenfalls Rückzahlungen an die Verbraucher anzuordnen. Außerdem ist auch für Missbrauchsverfügungen nach § 31 Absatz 6 RefE die sofortige Vollziehbarkeit zu gewährleisten.

  Unabhängig vom Eingreifen der sektorspezifischen Regulierung oder der spezifischen Missbrauchsaufsicht im Rahmen des GWB ist gesetzlich zu verankern, dass Wasserentgelte sowohl in Form von Preisen als auch von Gebühren vom Wettbewerbsrecht erfasst sind.

– Das Kartellordnungswidrigkeitenrecht weist schwerwiegende Lücken bei der Rechtsnachfolge in der Bußgeldhaftung auf. Daher erachtet die Monopolkommission eine entsprechende gesetzliche Regelung zur Gesamt- und Einzelrechtsnachfolge für erforderlich.

– Die gesetzlichen Krankenkassen sind prinzipiell dem allgemeinen Kartellrecht zu unterstellen. Dies gilt sowohl im Verhältnis der Kassen zu den Leistungserbringern als auch zu ihren Mitgliedern; zudem sind im Verhältnis der Kassen untereinander die fusionskontrollrechtlichen Bestimmungen anzuwenden. Ausnahmen von der Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts sind ausdrücklich zu benennen und auf Bereiche zu begrenzen, in denen die Kassen aufgrund ihres hoheitlichen Versorgungsauftrags zu kollektivem Handeln verpflichtet sind. Die Monopolkommission hat einen entsprechenden Gesetzesvorschlag vorgelegt.

– Die Einrichtung einer – vorerst zeitlich begrenzten – deutschen Markttransparenzstelle neben einer entsprechenden europäischen Institution (ACER, Agency for the Cooperation of Energy Regulators) erscheint der Monopolkommission erwägenswert. Sie empfiehlt, eine nationale Markttransparenzstelle von den rechtsanwendenden Behörden unabhängig einzurichten und lediglich organisatorisch dem Bundeskartellamt oder der Bundesnetzagentur anzugliedern. Hierdurch könnten Flexibilität und Dynamik, insbesondere bei der Fortentwicklung der Datenerfassung und -analyse, weitestmöglich gefördert werden.

– Die Monopolkommission befürwortet die Einführung eines allgemeinen Stellungnahmerechts des Bundeskartellamtes in Gesetzgebungsverfahren mit wettbewerblichem Bezug. Die Ausübung eines solchen Rechts durch das fachlich unabhängige und ausschließlich dem Wettbewerbsschutz verpflichtete Bundeskartellamt würde die Entscheidungsgrundlage des Gesetzgebers deutlich verbessern. Die gesetzliche Verankerung einer entsprechenden Befugnis hätte außerdem insgesamt positive Auswirkungen auf die Verbreitung des Wettbewerbsgedankens.

Bonn, im Februar 2012

Justus Haucap

Dagmar Kollmann Thomas Nöcker

Angelika Westerwelle Daniel Zimmer



Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co., Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin, www.heenemann-druck.de
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Postfach 10 05 34, 50445 Köln, Telefon (02 21) 97 66 83 40, Fax (02 21) 97 66 83 44, www.betrifft-gesetze.de
ISSN 0722-8333